

Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile

Étude de doctrine, jurisprudence et pratique,
du droit médiéval au droit moderne

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 13 Mars 1939, à 14 heures

PAR

Jacques PRÉVOST

Membres du Jury :

Président : M. REGNAULT, Professeur.

Suffragants { *M. ROUAST, Professeur.*
M. LE BRAS, Professeur.

PARIS

LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais - Palais Royal

1939

**Le rôle de la volonté
dans la formation de l'obligation civile**

**Étude de doctrine, jurisprudence et pratique,
du droit médiéval au droit moderne**

Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile

Étude de doctrine, jurisprudence et pratique,
du droit médiéval au droit moderne

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 13 Mars 1939, à 14 heures

PAR

Jacques PRÉVOST

Membres du Jury :

Président : M. REGNAULT, Professeur.

Suffragants { *M. ROUAST, Professeur.*
M. LE BRAS, Professeur.

PARIS

LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais - Palais Royal

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

**LE DOMAINE DE LA VOLONTÉ ET LA LUTTE
DU CONSENTEMENT CONTRE LA FORME**

Au livre premier de la Somme Rural, en son titre vingt-cinquième, Jean Bouteiller donne de l'obligation, l'excellente définition que voici : « Obligation est un lien de droit qui contraint l'homme à satisfaire de ce que obligé est ». Il est difficile de s'exprimer de façon plus exacte et plus courte à la fois.

Si nous considérons d'abord la première partie de cette définition (obligation est un lien de droit qui contraint l'homme), elle nous enseigne que l'obligation est un lien personnel, idéal et muni de la sanction légale. Mais ce qu'il y a de remarquable dans ce texte, c'est qu'il affirme le plus nettement possible (il dit : c'est le lien idéal, le lien de droit qui contraint) la fusion intime et totale des deux éléments qui composent l'obligation : le devoir ou la dette, l'engagement ou la responsabilité. Rien n'interdit de faire cette distinction alors même que Bouteiller ne l'aurait pas aperçue (1) ; il suffit qu'elle soit vraie. Elle est, en effet, bien conforme aux deux temps de l'obligation : accomplissement d'une prestation à une date déterminée, sinon recours à la contrainte pour obtenir l'exécution. L'objet du devoir n'est autre

(1) Mise en lumière par Brinz (1874). Cf. Cornil « Debitum et Obligatio » dans *Mélanges Girard* 1912, p. 199 et ss. « Ancien droit romain. Le Problème des Origines », p. 72 et ss. Popa, *Les notions de Debitum (Schuld) et Obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris 1935.

que cette prestation à fournir ou, si l'on veut, la dette, tandis que l'engagement peut porter sur la personne même du débiteur ou celle d'un tiers (otage) ou encore sur un attribut de la personnalité, le patrimoine ; le lien étroit d'assujettissement qui unit alors au créancier la personne engagée est la marque de sa responsabilité. Les mots dette et responsabilité s'opposent l'un à l'autre, comme les termes devoir et engagement.

Pour ce qui est de la seconde partie du texte de Bouteiller, on ne saurait lui faire grief de ne pas indiquer les trois objets possibles d'une obligation : le transfert, le fait, l'abstention. Il dit en effet : « à satisfaire de ce que obligé est » et cette idée de « satisfactio » est suffisante ; le débiteur sera libéré au moment où il aura été suffisamment fait pour que le créancier n'ait plus rien à réclamer. On voit immédiatement que par la satisfactio du créancier c'est le devoir du débiteur qui cesse, la dette qui disparaît. Et cette idée n'implique pas que la satisfaction doive être nécessairement le fait du débiteur, elle peut être l'œuvre d'un tiers ; elle peut aussi ne pas consister dans le paiement tel qu'il devait être accompli, mais résulter d'un équivalent. Toutes les fois qu'une obligation de faire se résout en dommages-intérêts, le créancier n'a pas eu le paiement qu'il était en droit d'escompter, cette « solutio » qui, elle, aurait mis fin à l'engagement. Mais « satisfactio pro solutione est » (2). Les deux éléments de l'obligation sont fondus ensemble : le paiement entraîne aussi l'extinction du devoir, car il constitue le moyen par excellence de donner « satisfaction » au créancier, et la satisfaction du créancier, remplaçant le paiement, provoque, aussi, comme

(2) Ulpien (D. 46-3-52).

lui, le « *dénouement* » du lien de droit. On comprend donc que Bouteiller dise que l'obligation « contraint l'homme à satisfaire » ; il est inutile d'ajouter autre chose ; ces mots renferment tout ce qu'on pourrait demander à une définition plus complexe.

Ainsi les deux éléments de l'obligation soit identifiés : la *contrainte* et le *devoir*, et ils sont néanmoins inséparables. La contrainte assure le respect du devoir qui, sans elle, pourrait être impunément violé, mais à son tour le devoir explique l'éventualité d'une maîtrise qui, sans lui, ne serait que l'expression scandaleuse de la force. Dès lors, si nous voulons maintenant remonter aux sources des obligations et spécialement, chercher parmi tous les facteurs qui lui donnent naissance, le rôle de la volonté, le problème paraît facile à la lumière des développements précédents.

*
**

Le projet de code franco-italien des Obligations dresse, de leurs sources, la liste suivante : les contrats (art. 1-59), la promesse unilatérale (art. 60), la gestion d'affaire (art. 61-65), la répétition de l'indû (art. 66-72), l'enrichissement sans cause (art. 73), les actes illicites (art. 74-85), l'obligation de présenter une chose (art. 86). Il paraît préférable d'adopter cette classification que d'admettre l'ancienne distinction entre contrat et délit, quasi-contrat et quasi-délit ; cette dernière est insuffisante puisqu'on y ajoute une cinquième source, la loi, qui, dit-on, pourrait les comprendre toutes. Son rôle est, en effet, prépondérant dans certains cas ; il en est ainsi tout d'abord dans l'obligation de présenter une chose dont l'article 86 marque les conditions et l'étendue. En ce qui

concerne le délit, on peut dire que, par lui-même, il n'engendre pas un lien de droit, mais qu'il cause un tort dont la réparation s'obtenait, dans les civilisations primitives, par l'exercice de la vengeance privée, le plus ancien moyen offert à la justice de poursuivre le crime. Par la peine du talion et le régime des compositions légales, la loi fixe elle-même le montant du rachat de la vengeance, c'est-à-dire la dette, et plus tard, la contrainte légale se substitua à l'enchaînement effectif du délinquant. Il convient donc d'écarter cette matière du délit d'une étude de la volonté comme source d'obligation, puisque le lien de droit résulte, dans ce cas, moins de l'acte illicite lui-même, (et ce serait tout un problème de savoir si l'intention de nuire du délinquant est toujours requise pour qu'il y ait dette) que d'une intervention de la loi, soucieuse de rétablir l'équilibre social et de respecter l'idéal de justice.

Dans le même but d'imposer le respect de cet idéal de justice, le législateur donne parfois la vie juridique à certains préceptes de la morale ; alors la loi morale « cherche à s'incarner dans une règle obligatoire de conduite et demande le secours du bras séculier » (3). Ainsi le devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui a reçu la consécration légale et s'exprime dans les dispositions relatives à l'enrichissement sans cause, la répétition de l'indû, la gestion d'affaires, dans l'hypothèse où, sans entente préalable avec le maître du fonds, le gérant a fait, pour l'immeuble des dépenses d'entretien. Dans tous ces cas, l'intervention de la loi donne naissance au second élément de l'obligation, la contrainte, et, ce faisant, elle transforme en obligation civile ce qui n'était

(3) Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, 3^e éd., 1935, p. 7.

jusqu'alors qu'un simple devoir, dépourvu de sanction immédiate.

Nous reportant maintenant au projet franco-italien, nous voyons qu'il ne reste plus à examiner que les deux premières sources de l'obligation : le contrat et la promesse. Là encore l'obligation serait invalide si la loi ne venait la sanctionner ; mais sous ce prétexte de la nécessité d'une contrainte, dira-t-on que toute obligation, au fond, est légale et que la volonté humaine n'a d'efficacité que par une approbation au moins tacite de ses actes par la loi ? Il est à la fois inutile de le contester et sans intérêt de le soutenir. L'échange des consentements est, en effet, dans le contrat, l'élément essentiel de l'obligation ; c'est lui qui engendre la dette, qui donne naissance au devoir, lequel résulte, d'une part, de ce que le créancier a accordé sa foi, a fait confiance au débiteur, tandis que ce dernier, d'autre part, promettait de « satisfaire » le créancier. Et la loi intervenant pour parfaire l'obligation, en la sanctionnant, ne fait qu'admettre et imposer ce premier principe de moralité que chacun doit tenir ses engagements, ses promesses, être fidèle à la parole donnée. Tandis que dans les cas précédents d'enrichissement sans cause, de paiement de l'indû, le devoir n'est autre chose que l'obéissance à une règle de justice préétablie, dans les hypothèses du contrat et de la promesse, il se trouve être défini par la volonté humaine. C'est donc à ces deux sources seulement que se limite le rôle de la volonté. Mais pour qu'il soit sanctionné par le droit positif, il faut que le consentement soit certain ; ceux qui ont mission d'appliquer la loi ont-ils le moyen ou le pouvoir de scruter le for intérieur des individus, d'analyser leurs pensées, de pénétrer leurs sentiments, ou bien doivent-ils s'en tenir

seulement à l'aspect extérieur de leurs actes ? Connaître la saine volonté d'une personne est indispensable pour la déclarer obligée, mais cette volonté ne produira pas d'obligation, si, telle qu'elle est exprimée, le droit ne la reconnaît pas pour valable. Le rôle de la volonté créatrice de l'obligation se ramène donc à un problème unique : celui de la lutte entre le consentement et la forme.

*
**

Ainsi que l'écrit Brissaud (4), « dans un droit formaliste, la volonté n'a d'existence légale que dans la mesure où elle est exprimée par des actes et des paroles ; elle s'incarne dans son expression matérielle ; on n'est lié que parce qu'on a dit, mais, en revanche, on est lié par tout ce qu'on a dit ». Le consentement est donc soumis à la forme qui, seule, donne un vêtement au pacte et fait naître une action. Mais ces deux éléments « Consensus » et « Form », ainsi que les appelle Franken, ne sont point seuls à s'opposer, et on en rencontre un troisième, si l'on considère les contrats se formant *re*, qui, dans le droit de l'époque franque, sont nécessairement accompagnés de nombreuses solennités. La lutte entre le consentement et la forme est donc, en réalité, « der Kampf des Consensus gegen Res und Form » (5). Il faut donc maintenant déterminer le contenu de ces deux derniers mots et dire ce que chacun d'eux représente par rapport au consentement.

La vente chez les Francs est un contrat réel ; pour qu'elle soit parfaite, le paiement du prix et la tradition

(4) Manuel d'Histoire du droit privé, p. 436.

(5) Franken : Das französische Pfandrecht im Mittelalter, Berlin, 1879, p. 46.

de la chose sont nécessaires ; mais une prestation partielle et une tradition symbolique suffisent (6). Cependant une troisième formalité est encore nécessaire, dans le droit franc, au transfert d'une chose ; comme l'écrivait Brunner, « il fallait un autre acte formaliste, la sortie, exire, de l'aliénateur. Cette sortie avait lieu réellement dans les temps anciens, telle qu'elle est décrite dans la loi salique au titre de *Chrenecruda*, où le débiteur qui cède le fonds saute par dessus la haie, un pieu à la main (7) ». Cet exire formaliste, plus tard remplacé par une simple déclaration, constituait un abandon de fait de la possession. Mais alors — et cela est remarquable — les parties, pour transférer un droit absolu sur une chose n'ont pas trouvé mieux que de décrire dans les faits, matériellement, les conséquences que ce transfert entraîne pour elles ; comment pourrait-il en être autrement ? Quand nous parlons du transfert du droit de propriété, nous abusons des mots ; c'est bien plutôt un pouvoir de fait qui est transmis ; le texte cité en note de la loi des Bavaois le dit bien : Si quis vendiderit « possessionem ». On comprend donc que les parties se transportent sur les lieux, et là, procèdent à une sorte

(6) Loi des Bavaois, titre XVI, ch. 2 : Si quis vendiderit possessionem suam alicui, terram cultam, non cultam, prata vel silvas, post accepto pretio aut per cartam aut per testes comprobetur, firma emptio. — Titre XVI, ch. 10 : Qui arras dederit pro quacumque re pretium cogatur implere quod placuit emptori. — Loi des Wisigoths V, 4, 3 : Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. » (dans *Monumenta Germaniæ historica*, tome III, p. 321, p. 323 et tome I, p. 218). La tradition symbolique per cartam était équivalente aux traditions per festucam, per herbam, per ramum : il fallait simplement que l'écrivain mentionne la stipulation intervenue (stipulatione subnexa), ce qui faisait présumer son accomplissement, et qu'il soit rédigé selon les formalités de la stipulation c'est-à-dire les parties présentes. Cf. Paul Sentences V-7 de obligationibus. 2 : « Verborum obligatio inter præsentés, non etiam inter absentes contrahitur. »

(7) Brunner : *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, p. 274-275. Esmein : *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*. N.R.H.D., 1882, p. 43-44.

de scénario qui va consacrer publiquement le droit pour l'acquéreur d'user et de jouir de la maison, du champ, comme le faisait le vendeur avant lui. Ce formalisme-là a donc plutôt un caractère *descriptif* ; il est indispensable au transfert, parce que les parties, sans doute en raison de l'esprit peu subtil de nos ancêtres barbares, ne conçoivent pas d'autre moyen de manifester leur consentement ; mais il pourrait fort bien s'en détacher et c'est, en effet, ce qui s'est produit. Un tel formalisme revit aujourd'hui, sans être contraire au principe que la vente est parfaite par le seul consentement, dans les dispositions de la loi sur la transcription immobilière qui n'est que la relation publique de l'accord des deux parties au contrat dont les effets, désormais, seront opposables à tous. Au contraire, ce que Franken appelle « Form » peut à bon droit être qualifié de formalisme *actif*, en ce sens qu'il ne fait qu'un avec le consentement et le domine.

*
**

Mais à quel moment, dans notre droit coutumier, le consentement s'est-il affranchi des entraves que lui imposaient la forme des actes ? quand le droit séculier a-t-il proclamé que du pacte nu naissait une action ? Il est certain que, vers la fin du xv^e siècle, selon Brissaud (8), la règle nouvelle « Solus consensus obligat » était admise. De bonnes raisons militent en faveur de cette thèse, bien qu'une opinion différente, faisant remonter beaucoup plus haut l'abandon du formalisme ait été soutenue par Esmein (9). Il y a là un problème à résoudre qu'il

(8) Manuel, p. 452 et ss.

(9) Esmein : Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français. N.R.H.D., 1880, p. 691. Pour Esmein, dès le xiii^e siècle, la validité

est impossible de passer sous silence. Le principe « *ex nudo pacto oritur actio* » est affirmé par Dumoulin, mais encore faut-il rendre compte de sa pénétration progressive dans le droit des obligations. Pour cela, dans la période du Moyen Age, à partir du ^{xiii}^e siècle, il est nécessaire de distinguer entre « les usages populaires assurément formalistes et les idées des juristes (10) », C'est le seul aspect véritable du problème, trop vaste pour alourdir cette introduction en l'y incorporant, qui fera donc l'objet d'un premier chapitre.



Avant d'indiquer la ligne générale des développements suivants, il me reste à témoigner de ma respectueuse reconnaissance envers Monsieur le professeur Regnault qui a bien voulu orienter mes efforts dans la réalisation de ce travail. Ayant suivi son enseignement lors de la préparation des examens de doctorat, je le remercie vivement d'avoir accepté d'être encore mon guide jusqu'au terme de mes études.



des simples conventions est admise : « Cette idée, nos juristes la puisèrent dans les textes romains pour la faire passer dans le droit coutumier. Le droit romain donna donc ce qu'il n'avait pas, car il n'avait jamais été jusque-là ; seulement il contenait cette règle qu'il faut respecter les pactes. Cela comportait, d'après l'édit, bien des distinctions ; mais ces restrictions tenaient en partie au jeu subtil de la procédure romaine. Nos vieux juristes les laissèrent de côté ; ils ne prirent que la règle dont ils modifièrent et élargirent le sens. »

(10) Roussier, thèse. Le Fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise, p. 226, à la note 3. Il dit aussi en même place : « Spies se prononce en faveur de Brissaud c'est-à-dire qu'il recule l'abandon du formalisme jusqu'au ^{xvi}^e siècle. Il y a cependant des textes bien troublants en sens inverse. » Cette réflexion suffit à justifier un examen du problème. Nous aurons l'occasion de renvoyer plus d'une fois la thèse de Spies.

Une part de cette reconnaissance doit aussi être adressée à Monsieur le professeur Le Bras dont les conseils m'ont été fort précieux pour la mise sur pied de cette thèse ; et je prie également Monsieur le professeur Rouast, qui veut bien faire partie du jury lors de la soutenance, de trouver ici l'expression de ma sincère gratitude.

PLAN

Il est utile de donner ici quelques précisions sur le fond du sujet bien que son titre paraisse par lui-même, assez explicite :

A) On ne peut se préoccuper que du cas de la volonté saine, capable et certaine, c'est-à-dire que toutes les questions relatives aux vices du consentement, à la capacité des personnes, à l'interprétation des clauses obscures dans les contrats sont exclues de ce travail.

B) Tout point relatif à la résolution des conventions, à l'exception non adimpleti contractus est également en dehors du sujet. Cependant on sera amené à en dire un mot dans l'hypothèse délicate où la cause qui a provoqué l'obligation vient à défaillir : le tout est alors de déterminer cette cause (en quoi se rapproche-t-elle du motif) qui, parce qu'indispensable à la formation de l'obligation, entraîne à coup sûr la résolution du contrat (voir Ch. III, sect. 3, § 2) en cessant d'exister.

C) Enfin il est certains aspects qu'on attribue au principe de l'autonomie de la volonté et qui ne sont pas strictement du sujet : la communauté coutumière est-elle un régime conventionnel tacite ? le conflit de ce

principe avec le caractère impératif des lois ; son étude en droit international privé. Sur ce dernier point — car on devra nécessairement distinguer entre l'autonomie de la volonté et la liberté de s'obliger — rappelons cette conclusion d'un cours professé à l'Académie de droit international (voir aux renseignements bibliographiques) par M. Niboyet : « Bien qu'elle ne soit pas encore très répandue, nous insistons sur l'idée qu'il n'y a pas de théorie de l'autonomie de la volonté, parce qu'il n'y a pas d'autonomie du tout. On a eu le tort, par la faute de cet excellent avocat que fut Dumoulin de prendre la simple liberté des conventions pour une pseudo-autonomie ».

*
**

Ces quelques remarques étant faites, il est maintenant possible de proposer le plan suivant :

Chapitre premier : *Le courant anti-formaliste au Moyen Age.*

Chapitre II : *La condamnation du formalisme en doctrine.*

Chapitre III : *De l'efficacité de l'engagement sans forme. Sa condition primordiale : la cause.*

Chapitre IV : *Des limites à la liberté des conventions.*

Chapitre V : *Droit moderne.*

CHAPITRE PREMIER

LE COURANT ANTI-FORMALISTE AU MOYEN AGE

PIERRE DE FONTAINE

LI LIVRES DE JOSTICE ET PLET, BEAUMANOIR

§ 1

LES TROIS SOURCES POSSIBLES D'INSPIRATION :

ROMAINE, CANONIQUE ET COUTUMIÈRE

Il est loisible de considérer que nos anciens auteurs du treizième siècle, s'ils avaient eu l'intention de rompre, en matière de sources d'obligation, avec le formalisme antérieur, auraient pu puiser, en faveur de cette thèse, des arguments de valeur inégale dans trois sources différentes, le droit romain, le droit canonique, et, plus simplement encore, le droit coutumier tel qu'il existait avant eux. Quel est donc l'apport de cette triple matière sur laquelle Beaumanoir ou quelqu'autre aurait pu tenter de fonder le principe du consensualisme ?

**

Le droit romain, d'abord, enseignait qu'il fallait respecter les pactes. « Ait prætor : Pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita, senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. » (Digeste II, 14, l. 7, § 7, de Pactis.) Admettre ce texte en lui attribuant une portée générale, en le dépouillant de toutes les restrictions de l'édit, eut été consacrer le nouveau principe. Nos auteurs ont-ils commis l'erreur de cette interprétation extensive ? on reconnaît là la thèse de Esmein citée un peu plus haut en note. Il faut d'ailleurs

99
57
6. 2. 24 de jurejurando

tout de suite remarquer que, s'il en avait été ainsi, ils eussent été précédés dans cette voie par les Irnériens qui voyaient déjà, dans ce qu'ils appelaient *causa naturalis* « le but en vue duquel le contrat est passé » (1), à tel point qu'on pourrait soutenir que, pour eux, toute promesse oblige et que Roussier a pu écrire : « Ne croirait-on pas recueillir la pensée même de l'Eglise quand on lit dans le Codi provençal cette phrase admirable par le fond, sinon par la forme : « *Fides quam unus promittit alii vult quod illud quod unus promittit alii servetur : naturalis namque ratio requirit ut omnes homines hujus mundi dicant sibi veritatem* » (2).

Ce rapprochement est juste avec la doctrine de l'Eglise. Le droit canonique n'a pas à se soucier de l'interprétation des textes romains et il proclame le principe moral que le chrétien doit s'abstenir de tout mensonge. Que sa parole soit l'expression de la vérité et, dès lors, il n'est pas besoin de la fortifier par le serment (3). Ne

(1) Chevrier, thèse. La Cause. Droit savant du moyen âge. Ancien droit français, page 39.

(2) Roussier, thèse, p. 59.

Les Irnériens admettent bien que la *causa* soit une *datio* ou un *factum*, sans laquelle le pacte nu ne serait point sanctionné ; c'est celle des contrats innommés romains. Mais la *causa naturalis* est commune à la fois au pacte nu et à la stipulation et elle explique qu'on puisse contre cette dernière invoquer l'exception de dol. Tout cela est bien conforme au droit romain et il n'y aurait rien de plus si la *causa* n'était que la *datio* ou le *factum*. Mais les Irnériens en font un élément autre que la forme et la présument ; par ce moyen l'utilité de la res est supprimée et ils arrivent à faire de l'*animus donandi*, par exemple, une *causa naturalis*. Cette conception audacieuse fondée sur l'équité, minimise la stipulation, c'est-à-dire l'acte formaliste. On voit déjà par là combien l'idée de finalité est indispensable à la validité du pacte nu. Cf. Roussier, p. 52-59 ; Chevrier, p. 25-43.

(3) Sermon sur la Montagne. Evangile selon Saint Mathieu, ch. V, versets 33-37 dans Vigouroux, la sainte Bible polyglotte, tome 7, p. 24-26. « Vous avez encore entendu qu'il a été dit aux anciens : Tu ne parjureras point mais tu tiendras du Seigneur tes serments. Et moi je vous dis de ne jurer en aucune façon... Sit autem sermo vester : Est est, non non ; quod autem his abundantius est, a malo est » (Cf. c. 26 X. 2. 24 de jurejurando).

pas tenir sa parole c'est donc mentir. Le parjure et le mensonge sont punis par Dieu de la même manière (4). En conséquence chacun doit accomplir ses promesses ; l'obligation naît aussi bien du pacte nu que de la stipulation, la solennité n'est aucunement nécessaire au consentement et « Balde nous rapporte que les canonistes ne distinguent pas entre les pactes vêtus et les pactes nus, pourvu qu'il aient une *causa* » (5). « Les canonistes ont fait de la cause le substitut de la forme » (6). La doctrine canonique aurait dû renverser le formalisme ; elle était suivie d'ailleurs devant les cours ecclésiastiques (7) ; elle enseignait le nouveau principe et, grâce à la notion de cause permettait de tenir compte de l'intention des contractants. Il semble donc qu'il eût suffi à notre droit coutumier de s'en inspirer pour bannir tous les modes anciens de s'obliger. Cependant au lieu de poser seulement les principes, « les canonistes eussent dû élaborer le théorie moderne du contrat en germe

(4) Décret de Gratien *Causa* 22 qu. V c. 12 *juramenti*... « Et ideo Dominus inter juramentum et loquelam nostram, nullam vult esse distantiam : quia sicut in juramento nullam convenit esse perfidiam : ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium : quia utrumque et perjurium et mendacium divini judicis poena damnatur, dicente scriptura : Os, quod mentitur, occidit animam. » Saint Thomas (1224-1274) remarque dans *IIa IIae* qu. 88 art. 3 que, selon le droit humain, la simple promesse n'oblige pas (quod esse videtur institutum propter mutabilitatem humanæ voluntatis) ; mais on doit cependant acquitter ce que l'on a promis, c'est une obligation de droit naturel ; et pour que le promettant soit tenu, obligatione civili, Saint Thomas admet qu'on ait recours au serment qui va assuer le respect de la parole donnée.

(5) Roussier, thèse citée, p. 180. Cf. Le Bras dans Capitant, *La cause*, p. 125-131.

(6) Chevrier, thèse. *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, p. 16.

(7) Spies, thèse, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, p. 179. Il cite un arrêt de la Cour archiépiscopale de Reims condamnant un prêteur qui, ayant fait signer à un soldat, une reconnaissance de dette, n'avait pas prêté l'argent. Le pacte nu engendre une action, dit la Cour.

dans leurs traditions » ; alors leur influence sur le droit laïque eut été plus forte, plus immédiate mais « de telles ambitions étaient bien éloignées de l'esprit des « savants », imbus de l'enseignement romaniste tels qu'ils le sont tous à partir du XIII^e siècle ». C'est pourquoi, Roussier ajoute encore : « C'est aux droits nationaux de formation coutumière qu'il appartiendra désormais de continuer la lutte contre le formalisme ; le rôle des canonistes est sur ce point d'ores et déjà achevé » (8).

C'est donc au droit coutumier qu'est réservé la mission de chasser le formalisme, de la pratique, et, s'il veut pour ce faire s'appuyer sur de solides raisons, le droit canonique les lui offre. Mais est-ce à dire qu'en lui-même le droit coutumier ne puisse trouver des armes dans ce but ? Ce serait-là, à vrai dire, lutter contre soi-même et comment, si le droit est formaliste trouverait-il dans ses propres maximes des raisons de cesser de l'être ? Ainsi en fut-il cependant ; le droit coutumier était certes profondément formaliste au point de vue contractuel, comme en témoignent encore les Assises de Jérusalem (9) ; mais il contenait aussi l'adage « Convenance vaint loi » susceptible d'être diversement interprété, quoique son sens certain, originaire, fut de permettre de déroger aux règles établies par la coutume, au sujet de la dévolution des biens aux héritiers (10).

(8) Roussier, p. 215-216.

(9) Assises de la Cour aux Bourgeois (1173-1180) : si le vendeur a reçu de l'acheteur « un soul denier de paiement », il ne peut se repentir du marché ; la vente est parfaite par la tradition. « Quia quod non fecit venditio, reconciliat traditio ». Ass. de Jér., éd. Beugnot, tome 2, chap. 28, p. 34 ; ch. 29, p. 35.

(10) Beaumanoir connaît encore la règle dans ce sens : « Et ce que l'en dit Convenance loi vaint, c'est à entendre de sa propre chose qui n'est point obligée à autrui par coustume ». Les Coutumes de Beauvaisis. éd. Salmon, 1899, n° 1.025. Cf. Esmein, N.R.H.D., 1880, p. 683.



Les matières que fournissent aux auteurs du ^{xiii}^e siècle, les trois sources envisagées sont, on le voit, extrêmement différentes et, en tant qu'elles constituent des moyens d'évolution du droit, de force tout à fait inégale.

Il faut ne pas connaître le droit romain pour l'appeler à son aide, si l'on veut trouver un fondement au principe que le pacte nu oblige ; ou bien alors, il faut l'interpréter, peut-être de manière géniale, afin de tirer de sa lettre, comme les Irnériens, des conclusions conformes à l'esprit du nouveau principe : c'est un travail de *théoricien*. Il ne peut être efficace que dans la mesure où la pratique l'adopte, sinon il demeure une doctrine temporaire, une pièce de musée.

Le droit canonique, à l'inverse, apporte des principes sûrs qu'il suffirait de transposer dans le droit coutumier, pour aboutir à une abrogation immédiate du formalisme : c'est là un travail de *législateur*. L'efficacité de ce moyen est totale mais encore faut-il qu'il existe une autorité qui l'emploie.

Enfin, bâtir un droit nouveau en prenant pour base les maximes admises, c'est un travail d'interprète, de *praticien*. Mais la faiblesse d'une telle méthode est évidente ; l'abrogation de la coutume par elle-même s'accomplit avec une extrême lenteur et parfois, loin de se modifier, la coutume devenant routine, tend à la fixation et à la survie de pratiques ayant perdu toute utilité.

C'est donc à travers les textes coutumiers et principalement ceux que nous ont transmis Le livre de Jostice, et Plet, Le Conseil de Pierre de Fontaine, et Beaumanoir, qu'il faut maintenant chercher les premières traces annonciatrices du principe nouveau ou peut-être même

son expression définitive. Mais nous savons déjà que ces auteurs étaient des praticiens (11) et s'ils furent aussi, surtout Beaumanoir, d'éminents juristes versés dans la connaissance des Lois romaines et des règles canoniques, leur préoccupation dominante restait le droit de leur temps qu'ils appiquaient et, en même temps, à l'évolution duquel ils consacraient tout leur savoir.

§ 2. — LA PRATIQUE COUTUMIÈRE

Aussi, il ne faudra point s'étonner si, après avoir compulsé ces ouvrages, il est nécessaire de conclure à l'existence encore vigoureuse du formalisme, en dépit de certains textes sur la foi desquels il semble permis de croire, car leur expression l'approche de bien près, à la reconnaissance du principe contraire.

Tout d'abord un certain nombre de textes, indubitablement fidèles traducteurs de la pratique contemporaine, fournissent amplement la preuve de l'usage très répandu des modes formalistes de contracter. Petrus semble énoncer un principe antiformaliste, mais si la vente est parfaite aussitôt que les parties sont d'accord sur le prix, avant tout paiement, sans dation d'arrhes, avant toute tradition, c'est parce que les contractants ont fait la paumée ou bu le vin du marché (12). *Pierre de Fon-*

(11) Pierre de Fontaine et Beaumanoir furent tous deux bailli de Vermandois.

(12) Petrus II, 14, cité par Franken, p. 46. « Res vendita dicitur, postquam inter venditorem et emptorem circa idem de pretio conventum est, etsi res nondum tradita est, nec pretium solutum est, nec arrha data, nec ullum aliud factum est, quod usualiter per plura loca in venditionibus intervenire solet, ut percussio manus et bibaria vini. » Sur Petrus, auteur de la première moitié du xii^e siècle, voir Alphonse Rivier dans N.R.H.D., 1877, p. 21 et ss.

taines à son tour, présente un texte absolument convaincant et l'on ne peut trouver quelque chose de plus net : « Cil n'a mie bele reson de demander qui demande porce que on lit convenança, sans autre reson metre avant » (13). Le livre de *Jostice et Plet* et *Beaumanoir* se ressentent aussi de l'état formaliste du droit coutumier. A ce sujet deux textes tirés de l'un et l'autre de ces ouvrages paraissent des plus intéressants à comparer (14).

Quelle conséquence peut-on en tirer après une première lecture ? Ceci : la paumée est encore en usage ; elle offre même une certaine utilité à être accomplie, donnant alors au contrat une plus grande perfection. Mais aucun de ces deux textes, à moins d'admettre pour le premier l'interprétation de Brissaud, ne nous affirme qu'elle est nécessaire, qu'elle vaut « confermement de marchié ». Mais le texte de *Jostice* dit aussi quelque chose de bien grave, à savoir ce qu'alléguait le défen-

(13) Conseil à un Ami (1253), éd. Marnier, 1846, 15-13, p. 114. Cette autre raison est un serment ou une stipulation de peine ; alors « tu le (ton adversaire) pues pleidoier sur la peine et gaigneras : car il tendra la convenance ou il paiera la peine qui i fut mise », 15-31, p. 130.

(14) Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis (1283), éd. Salmon, 1899, ch. 34. « Marchés est fes, sitot comme il est *creantés à tenir par l'acori des parties...* ou si tost comme li deniers Dieu en est donnés, ou si tost comme erres en sont donnés, car chascune de ces trois choses vaut confermement de marchié ». Les deux dernières sont formalistes : elles n'auraient plus d'utilité, si la première affirmait que le simple échange des consentements suffit ; il faut donc chercher ce que Beaumanoir a voulu dire ; Brissaud, p. 454, n. 1, traduit *créantés* par faire la paumée, mais cette interprétation a le désavantage d'être directement contraire au texte cité maintenant de *Jostice et Plet*. Li livres de *Jostice et Plet* (1259), éd. Rapetti, 1850, L. 1, ch. 2, § 7 : « Uns fit marchié à un autre par *paroles accordées* ; li acheterres demanda son marchié li autres dit que pour ce que il i a paumée, est marchié par cotume, et il n'i ot point de paumée, que por ce veaut-il que li marchiez fust nus. L'en commande que *covenances accordées* par bonnes mors font le marchié, non pas la paumée et li cuers doit sivre la parole ; et otroie l'en bien que qui voudra fere la paumée, qu'il la face, car paumée est sennefiance que l'en revest l'acheteur par bonne foi de marchié ».

deur, que « pour ce que il i a paumée, est marchié par coutume ». Le défendeur est débouté, est-ce à dire que la disposition coutumière n'est plus en vigueur ? Un autre texte du même ouvrage empêche de le croire, car il concerne un marchiez fait au moyen de la paumée (15) ; pour que ces deux textes du livre de Jostice ne s'opposent pas, il faudrait admettre que le premier cité abroge l'autre faisant succéder un contrat consensuel à un usage formaliste ; il n'est point permis de supposer une telle abrogation. Si on se rappelle maintenant le texte de Beaumanoir, on se trouve en présence de trois textes, difficilement conciliables en apparence et deux hypothèses sont possibles pour sortir de la difficulté : 1° on traduira créantés dans Beaumanoir par faire la paumée. Solution impossible car Jostice et Plet (1^{er} texte, I-2-7) dit nettement qu'elle n'est pas obligatoire et ce texte a une très grande force parce qu'il rapporte un jugement ; si celui-ci proclame la validité d'un marché sans forme, comment le concilier avec le maintien certain du formalisme ? 2° deuxième solution : Derrière les expressions de Beaumanoir et Jostice (I-2-7) se cache un acte formaliste autre que la paumée.

Il est assez facile de remarquer, en effet, que ces deux textes (celui de Beaumanoir, dans sa première partie) visent la même hypothèse. Comparons leurs termes : « Marchés est fes si tost comme il est créantés à tenir par l'accort des parties » dit l'un, et l'autre expose le cas de « paroles accordées » et ajoute « convenances accordées font le marchié ». Il est raisonnable de ne voir là

(15) J. et P. II 16-3. Rapetti, p. 100. « Se aucuns dit que aucuns ait fet marchié à li et li marchiez soit queneuz, et cil qui a vendu veaut jurer qu'il ne puet segre le marchié, il s'en passera par tant et paera cinq sols de sa paumée, quand il n'a eu point de cheté (c'est-à-dire de chatel, de meuble livré, de prestation faite), et s'il a eu cheté, il le tendra, s'il a de quoi. »

qu'un seul et même acte, celui qu'on désigne du nom général de convenance ; le tout est de savoir si, dans l'hypothèse précise du « marchié » cette convenance n'est pas entachée de formalisme : le mot convenance, pour si général qu'il soit, n'est pas toujours entendu dans le sens de « pacte nu », c'est bien souvent que les textes parlent de convenance jurée ou fiancée, et rien n'empêche de soutenir que, seule, une convenance de ce genre engendre une action. Voici, en ce sens, plusieurs arguments : 1° Beaumanoir suppose qu'une convenance a été faite par peur, et il n'émet de doute sur sa non-validité que si elle est jurée ou fiancée ; c'est le seul cas qu'il examine ; ne peut-on en induire que c'est le seul cas où une convenance engendre action ? (16) ; 2° Beaumanoir écrit encore : « le muet ne peut faire convenance parce qu'il ne peut parler et le sourd parce qu'il ne peut entendre » (17). Cela ne veut-il pas dire que la convenance, si elle désigne toute obligation, désigne plus particulièrement l'obligation par parole ? Le texte ne parle pas de « verba » solennels, mais il fait quand même du contrat par parole un mode formaliste de s'engager, ne serait-ce que pour la raison suivante : en refusant l'usage au muet et au sourd, il ne dit pas que ceux-ci peuvent contracter comme bon leur semble, ce qui serait un principe de liberté (auquel cas le texte cité n'aurait sûrement pas eu le même aspect et n'aurait pu employer le terme général de convenance — si celui-ci

(16) N° 1.040, « en convenance jurée ou fiancée à tenir l'en doit mout regarder quele la force ou la paours fu, car sans grant force ou sans grand paours prouvée, né serait pas la convenance nule. »

(17) Ce texte gêne visiblement Esmein, d'après qui Beaumanoir, n° 1.061, aurait tout simplement voulu dire que le consentement devait être certain — mais le consentement est certain par les arrhes, la paumée, le denier à Dieu ; il doit l'être au même titre par la parole. Esmein, N.R.H.D., 1880, p. 693 en note.

veut dire qu'il exclut tout formalisme — pour désigner une manière particulière de s'obliger) ; le texte ne laisse ainsi au muet et au sourd que la possibilité de faire marché par d'autres modes formalistes (denier à Dieu — arrhes) puisqu'il leur en retire un. Il n'y aurait donc point dans notre vieux droit coutumier, un principe de liberté des conventions, mais une foule de contrats particuliers réunis sous le terme général de convenance comprenant les contrats formalistes, les contrats par lettres, ceux qui se forment *re* et aussi le louage, seul à prendre naissance sans formalisme (18). 3° D'autres textes dignes de foi confirment cette manière de voir. Britton, cité par Esmein, écrit qu'un des garniments (vêtements de l'obligation) « est de paroles courrantes entre le creanceour et le dettour par lesqueles ils deveignent de un assent par *offres* et par *demandes* » (19). Jostice et Plet II-16-4 contient un texte qui confirme cette manière de voir : « Le nom de convenance est si generaous que j'ai dit, en tel bien que il n'a marchié ne obligation où il n'ait convenance par chose, ou par parole. Car promisse qui est fete par parole s'il n'i a consentement est nulle ». J. et P. parle de convenance par chose, ce qui est forcément un acte formaliste (denier à Dieu - arrhes) et aussitôt mentionne la parole, comme un autre acte formaliste (20). La fin du texte n'est nullement gênante ;

(18) Le louage en effet se fait par le seul consentement, Beaumanoir, n° 1.143 ; mais le compromis n'existe que par foi, par plege ou par peine. Beaumanoir, n° 1.263. Voir Spies, p. 165-172.

(19) Esmein, N.R.H.D., 1880, p. 694.

(20) Cf. Pierre de Fontaines, Conseil 15-22. « Sans parler puet on bien fere convenance, si come s'uns chevaliers empromptoit deniers sur ses lettres pendanz, et après rendit li borjois au chevalier ses lettres, bien semble par ce que li borjois li quit sa dette et qu'il li ait en convenant que jamais ne le demandera. » Ce texte est une preuve de la généralité du terme convenance ; en cela il annonce les textes que nous verrons plus loin. On pourrait dire, en somme, que pour nos auteurs du XIII^e siècle, il y a convenance dès qu'un acte

n'a-t-elle pas le même sens que le texte de Beaumanoir sur la convenance faite par peur ? On peut donc dire que l'obligation par parole existe, voisine de la fiance ou du serment (21) ; c'est elle que Jostice et Plet désigne par « paroles accordées », « convenances accordées » ; c'est elle aussi que vise Beaumanoir ; on peut traduire « créantés à tenir » par « convenancés à tenir », on n'obtiendra pas une expression plus nette car dans créantés il y a l'idée de foi. Les deux textes fondamentaux sont donc bien d'accord entre eux et avec Pierre de Fontaines qui proclamait nettement que quelque chose devait s'ajouter à la convenance pour qu'elle produisit action (22). La question était donc assez délicate à résoudre pour des raisons de terminologie qui rendaient peu compréhensibles certains textes. On a pu toutefois arriver à une conclusion sûre : dans la pratique du XIII^e siècle, le formalisme contractuel est à l'honneur ; le principe consensualiste n'est pas connu.

extérieur révèle un consentement : ce texte, on le remarque, suppose une tradition. Dans ce sens, on peut encore invoquer le rapprochement très fréquent du mot convenance avec d'autres, plus suspects de formalisme, tels que promise, parole, serment, fiance.

(21) Cf. Spies, p. 164 et 165, qui nous entretient du cautionnement se faisant par formules verbales, livre de Jostice, XIX-38-1, par fiance s'accompagnant peut-être de symboles manuels selon Esmein. Le livre de J. et P. connaît la fiance. Il dit I-2-1 : « nus ne peut faire fiance qui est dou droit divin ». Cf. Brissaud, Manuel, p. 447.

(22) Les deux textes premiers cités de Beaumanoir et de Jostice sont de cette façon également d'accord avec Jostice, II-16-3, relatif à la disposition de la coutume sur le marché valable par la paumée. Cela nous enseigne simplement que le marché peut être fait de plusieurs manières et que, quand on en choisit une, l'autre n'est plus indispensable. Les modes formalistes ne se cumulent pas. Inutile donc d'invoquer l'argument plus que problématique de l'abrogation de J. et P. II-16-3 par J. et P. I-2-7. Spies, p. 164, donne aussi le texte de J. et P. II-16-8 d'après lequel une simple convenance sans forme peut servir de « sormise », commencement de preuve, mais le défendeur peut refuser le complément de preuve : il n'y a donc point d'effet à la convention nue.

§ 3. — LES PRÉCURSEURS

A peine exprimée, cette conclusion semble contredite par d'autres textes, dont il faut maintenant examiner la portée et qui sont relatifs à l'adage « *Convenance vaint loi* ».

Sans rappeler à nouveau son premier sens, indiqué plus haut, remarquons tout d'abord que c'est un adage contraire qui semblerait beaucoup plus vrai, selon Pierre de Fontaine affirmant que la convenance ne peut être faite contre la coutume (23). Ensuite, pour que cette règle eût signifié une réaction contre le formalisme contractuel, il eût fallu qu'elle permette de valider un accord nu, fait sans aucune des formes que la coutume reconnaissait et qui seules engendraient l'action. S'il en avait été ainsi, ou bien l'adage se serait substituer à la coutume, ou bien, en présence des modes formalistes de s'obliger existant, il aurait été comme une exaspération du vouloir individuel qui triomphe de la loi ; l'une et l'autre de ces éventualités aboutissaient logiquement à l'abandon du formalisme, résultat qui, on le sait, ne fut pas atteint. C'est donc que, malgré son apparente netteté, le texte de Beaumanoir invoquant l'adage (24) ne permet pas de soutenir la validité du pacte nu. Au contraire, s'appuyant sur ce qui a été dit dans les pages précédentes, il paraît préférable de voir dans la conve-

(23) Conseil 15-4, p. 108, « *Convenance fete contre loi, contre costume du pais, contre establissement du seignor ne vaut rien : car por ce sont les lois et les costumes mises el pais, que on en doit user selon eles et ne mie contre, et por ce font li seignor lor establissement qu'il vuelent que on le tiengne et ne mie c'on les brist.* »

(24) Ed. Salmon, n° 999 : « *Toutes convenances sont à tenir et por ce dit-on « Convenance loi vaint » exceptées les convenances qui sont fetes par malveses causes* ».

nance, l'accord par chose ou par parole, l'expression globale qui vise tous les modes de s'obliger ; dès lors, on n'est plus éloigné de donner, dès cette date, à la règle le sens qu'elle a certainement plus tard d'être l'affirmation de la dérogation possible aux lois qui n'ont point le caractère impératif (25).

Mais le terme de convenance était si général, comme on l'a vu, qu'au lieu de désigner quantitativement tous les contrats formalistes en vigueur (et on a tenté de montrer que cette interprétation devait prévaloir), il pouvait, dans l'esprit des juristes anticipant sur le droit de leur époque, signifier le pacte, le simple pacte ; c'est ce qui explique la dualité des textes, ceux qui reflètent exactement l'état formaliste du droit et ceux qui entrevoient le principe moderne ; c'est ce qui explique aussi le flottement de certaines expressions difficiles à interpréter, comme « créantés à tenir » dans le texte de Beaumanoir. On comprend ainsi comment, par le truchement de ce mot, ces praticiens qu'étaient nos anciens auteurs avaient la possibilité de faire avancer le droit, car ils n'étaient point ignorants, ni de la règle morale, des « prémisses théologiques » (26) sur lesquelles s'appuie le droit canon, ni, dans un ordre d'idées moins élevé, de l'édit du préteur sur le respect des pactes. Dès lors s'explique facilement dans leurs œuvres, la présence de textes qui, s'ils devenaient des lois et étaient observés comme la loi, ôteraient son utilité au

(25) Sur l'adage *Convenances vainquent loi* Cf. Tison, p. 81-86 et 144-146. Jean Bouhier dans ses *Œuvres de jurisprudence*, Dijon, 1787, p. 594, n. 90 et 595, n. 97, cite des arrêts de 1601 et 1675 ayant reconnu qu'on ne pouvait déroger par convenance à une loi impérative ; mais si on ne se heurte pas à une disposition de ce genre, *provisio hominis facit cessare provisionem legis*. Voir plus loin, ch. II, § 3, la référence indiquée de Guyot au mot *convenance*.

(26) Le Bras dans *Capitant, La Cause*, p. 127.

formalisme. C'est ainsi que Pierre de Fontaines qui avait proclamé avec une remarquable netteté que convenance sans autre raison n'oblige pas, que convenance contre loi ne vaut rien, écrit maintenant dans un texte aussi clair : « Bien doit-on garder ce qu'en convenance car la loi escrite dit qu'il n'est nule rien tant soit convenable à humaine foi fors que de garder ce où en covenance » (27). C'est ainsi qu'au milieu d'un texte consacré entièrement à la description du droit de son temps, le rédacteur du livre de Jostice sort de son rôle de narrateur pour recommander le respect de la règle morale, disant « le cuers doit sivre la parole ». C'est ainsi que Beaumanoir dit : « Toutes les convenances sont à tenir » ; et l'on sent bien qu'au delà de la réalité formaliste, il croit au principe que tout pacte oblige ; mais il ne cite pas la règle canonique ; c'est une preuve qu'elle n'était pas en vigueur.

Nos auteurs ont donc cru que l'obligation ne résultait pas d'une formalité accomplie, mais qu'elle trouvait sa source dans un principe supérieur de morale ; ils ont voulu le faire pénétrer dans le droit et ils ont employé le seul moyen auquel peut recourir un praticien : l'interprétation. Construire des théories à base romaine était le moindre de leurs soucis ; ils n'avaient pas le pouvoir de transporter le droit canon dans le droit coutumier et n'ont point songé à cette méthode directe ; ils se sont contentés d'être des *précurseurs*, mais ils le furent d'une manière accomplie ; sous leur impulsion,

(27) Conseil 15-1, p. 106. Il y a dans ce texte une allusion directe au droit romain (loi escrite) et la thèse de Esmein n'est pas critiquable quand il dit que le droit romain a exercé une influence ; le tort est de la croire décisive. Ici nous nous soucions peu de savoir si Pierre de Fontaine a bien ou mal traduit les textes ; constatons seulement qu'il exprime que rien n'est plus noble que de garder sa foi. Cf. Jostice et Plet, II-16-1.

le droit coutumier se préparait à admettre le principe « *ex nudo pacto oritur actio* » et communiait déjà avec les conséquences les plus impératives de la règle morale. Si l'on songe que le serment était courant à cette époque, on conviendra qu'il était pour les auteurs du XIII^e siècle un excellent moyen de faire respecter la simple promesse ; et il suffisait de ne voir en lui qu'un acte confirmatoire du pacte, qu'un moyen subsidiaire de lui faire produire action, pour arriver à concevoir que le pacte, par lui-même, nu, est la véritable source de l'obligation ; ce pas, il est prouvé, croyons-nous, par les textes cités, que les auteurs, dès qu'ils s'élevaient de la pratique, pour atteindre les préceptes, l'ont franchi. Ils ne refusaient nullement, même en matière de serment, aux yeux de la coutume valable par sa seule énonciation, comme un acte abstrait, de se livrer à une recherche d'intention qui, d'emblée, les amenaient à la notion de cause, confuse peut-être encore, mais certaine (28).



Un fait certain qui prouve que dans la pratique la règle que le pacte nu oblige n'était point admise au XIII^e siècle, ce sont les traces visibles de formalisme qu'on rencontre dans les travaux d'auteurs plus récents (29). Il faut donc considérer les œuvres de Beaumanoir

(28) Pierre de Fontaine, 15-5, p. 108. « Totes les foiz que covenance est fete por laide cause, ele n'est pas a tenir, ne peine s'ele i est mise n'en puet on demander, ne serment n'en tient qui fez en soit : car seremenz n'est mie de tele nature qu'il oblige home en malice. » Beaumanoir, n° 1.026, dit aussi en ce cas « mieus vaut que l'on prenigne sa pénitence de son fol serment que fere mal pour son serement tenir... »

Beaumanoir, éd. Beugnot, 1842, ch. 35, n° 22 ; voir ch. 3, sect. 2, § 1 de cette thèse.

(29) Sur ce point, voir Spies, p. 181-201. Le serment surtout est très répandu et il confirme des obligations nulles par la coutume,

et de ses contemporains comme préparant la reconnaissance du pacte nu ; à ce titre on peut y voir des sources du droit coutumier, de cette matière, qu'ils ont réussie, dans une large mesure, à polir, et dans laquelle s'infiltrait pour finalement s'y incruster la maxime fondée sur l'équité canonique. Les auteurs suivants connaissent le principe canonique, le rapportent et l'enregistrent ; ils ne sont que les témoins de l'évolution dont les vieux juristes du ^{xiii}^e siècle avaient été les initiateurs. Aussi c'est à ces derniers qu'il fallait faire la plus large part si l'on voulait déceler le courant antiformaliste au moyen âge. Si le rôle de Masuer, Bouteiller, Guy Pape, Dolet (30), etc... est ainsi défini, que peut-on dire des coutumes, rédigées avant ou au début du ^{xvi}^e siècle ? Il serait vain d'y chercher l'énoncé d'un principe général (31) ; ces coutumes examinent les con-

promesse d'intérêt, obligation du mineur qui n'est plus restitué. Cf. Esmein, le serment promissoire, N.R.H.D., 1888, p. 248-311. Bouteiller, énumérant les différentes manières de s'obliger cite en premier les paroles Somme Rural, l. 1, t. 25, et ailleurs (l. 2, t. 37), il parle amplement de la stipulation. C'est sur ce point qu'il faut mettre l'accent car il confirme, peut-on dire, l'existence du contrat par parole dans la période antérieure. Il n'y a plus, selon Bouteiller, l. 2, t. 37, de paroles expressément requises, mais toutes les conditions de la stipulation doivent être réunies, parties présentes. La stipulation est encore, à son époque, un acte formaliste qui enterrine le consentement. C'est de celui-là que Papon tentera encore de soutenir qu'il est utile, voir Chapitre II, § 2, mais en vain, le principe canonique étant admis à son époque.

(30) Cf. Spies, p. 203-215. Il cite plusieurs textes qu'il n'est pas utile de rapporter ici. Guy Pape (1440-1465) et Masuer (1400-1450) mettent en exergue le principe canonique ; le premier de ces auteurs cite le canon Antigonus. Mais tous deux font encore mention d'actes formalistes : serment, stipulation, compromis avec clause pénale. Dolet et Jean Imbert, auteur du ^{xvi}^e siècle, notent l'affaiblissement du formalisme. Un prêt à usure, même fortifié du serment, est cassé, note Imbert ; mais ces deux auteurs sont déjà des contemporains de Dumoulin.

(31) Spies rapporte (p. 206-208) un texte des Coutumes d'Anjou et du Maine intitulées selon les rubriques du Code (1437), texte qui n'est que la traduction de l'édit du prêteur : « Toutes pactions, conventions et transactions qui sont faictes entre parties de bonne foy, sans dol, sans fraude et sans decepvance, et fussent ores faictes après

trats en particulier, s'étendent souvent longuement sur la forme notariée des actes pour la comparer à la cédula privée et dire à quelles conditions celle-ci emporte hypothèque (32). Elles n'expriment donc qu'une préoccupation purement utilitaire, mais du moins peut-on concevoir que leur silence emporte acceptation par avance du principe nouveau. Le consensualisme était en marche vers une consécration définitive que le seizième siècle lui apporte.

procès esmeu ou esperé à mouvoir, sont à tenir et à garder puisque elles sont faictes de gens qui se pevent obliger ». Par ailleurs, ce coutumier contient de nombreuses traces de formalisme (serment). Le compromis n'est valable que par la clause pénale, sauf 3 cas : 1) subscriptio des parties ; 2) serment ; 3) dix jours écoulés depuis la sentence sans opposition.

(32) Cf. Coutumes du baillage de Bar (1579) dans Bourdot de Richembourg, tome 2, titre XIV de la coutume ; coutume de Sens (1506), titre 21, B. d. R., tome 3 ; d'Auxerre (1507), B. d. R., tome 3, p. 569 ; de Montargis (1531), ch. 20 ; de Blois, B. d. R., tome 3, p. 1.047, art. 266 : « Cedules privées recogneues, ou deuement prouvées portent garnison de main contre le debteur, avant qu'il soit ouy ». On pourrait allonger la liste, cf. encore Coutume de Paris 1580, art. 107 qui est l'art. 78 de l'ancienne Coutume, B. d. R., tome 3, p. 29. Cf. Automne, cité, tome 2, p. 173, la cédula est tenue pour reconnue par défaut de comparaître.

CHAPITRE II

LA CONDAMNATION DU FORMALISME EN DOCTRINE

L'influence du droit canon, du principe de la validité du pacte nu, avait pesé sur les travaux des juristes antérieurs au xvi^e siècle ; elle allait se concrétiser dans le droit coutumier, celui-ci abandonnant le formalisme ; c'est Dumoulin qui en a prononcé la condamnation en règle ; après lui on verra quelles en furent les conséquences aux yeux des juristes qui lui succédèrent ; enfin ayant tiré cette condamnation du droit canonique, pouvait-on maintenant se passer de son aide en expliquant l'obligation, en faisant reposer tous ses effets, sur la seule volonté de l'homme ? D'où trois paragraphes nécessairement :

§ 1. — *Dumoulin.*

§ 2. — *Les successeurs de Dumoulin.*

§ 3. — *Un juriste philosophe : Guyot.*

§ 1

DUMOULIN (1500-1566)

Dumoulin ne se contente point d'affirmer le principe canonique, comme pour en recommander l'observation. Il le discute et le compare aux règles du droit civil. A la fois romaniste et canoniste il tient à exposer les théories en présence, impartialement, et, loin de prendre parti, sa démonstration tend bien plutôt, au moins dans son début, à justifier la différence existante entre les deux droits. De bons arguments, en effet, peuvent être invoqués dans ce sens.

La raison de cette différence que le pacte nu engendre une action *jure canonico* et non *jure civili* s'explique parce que les canons s'appuient sur l'équité naturelle ; celle-ci doit être observée dès que le consentement est donné, et de quelque manière qu'il le soit ; de telle sorte que l'obligation naturelle issue du consentement engendre une action, comme la stipulation en droit civil. En outre le droit canonique est fondé sur le droit divin ; celui-ci ne fait aucune différence entre la simple parole et le serment (*canon juramenti, c 12 Causa XXII qu 5*). Il en résulte que le pacte nu en droit canonique produit autant d'effet que la plus forte stipulation du droit civil. Le droit civil au contraire est fondé sur l'utilité générale à laquelle il n'est pas nécessairement conforme que tout dire quelconque produise une action ; cependant il est impossible de nier que, même

jure civili, une certaine obligation naît du pacte nu ; on l'appelle obligation naturelle à cause du consentement fourni et de l'équité naturelle qui impose le respect du pacte et de la parole donnée. Une obligation de ce genre existe entre père et fils qui ne peuvent être liés par aucune obligation civile (1).

La distinction est donc bien nette ; une obligation naturelle découle toujours du pacte nu mais c'est seulement *jure canonico* qu'il est possible d'agir. Mais alors une question se pose que Dumoulin aperçoit immédiatement. « Nunc dubium oritur » écrit-il. Parce que nous disons que l'action naît du pacte en droit canonique, cela est-il vrai pour un pacte quel qu'il soit ? Il faut distinguer pour le savoir entre le *pactum proprium* et le *pactum improprium*. Dans le premier, le consentement est exprimé par toutes les parties ; il engendre action sans aucun doute. Dans le second le consentement exprès émane d'une seule partie ; l'autre se tait. Appliquera-t-on l'adage « qui ne dit mot consent ? » mais alors Dumoulin lui oppose une autre règle : celui qui n'a point parlé ne peut avoir consenti. Il faut cependant adopter

(1) Dumoulin, *Commentaria in Domini Justiniani Codicem*, l. 2, t. 3 de pactis, dans *Opera omnia*, 5 vol., tome 3, p. 604 : « Differentiæ autem ratio, quare de jure Canonico nudum pactum actionem pariat, et non de jure civili est : Quia canones naturali æquitate nituntur, quæ æquitas ex qualicumque consensu gignitur : ita ut naturalis obligatio ex illo consensu oriatur. Quæ naturalis obligatio de jure canonico actionem parit perinde ut stipulatio de jure civili..... Præterea jus Canonicum fundamentum est super jure divino. Jus autem divinum inter simplicem loquelam et juramentum differentiam non facit. Ex hoc corrolatio sequitur nudum pactum in jure Canonico tanti esse effectus quanti in jure civili quælibet firmissima stipulatio. Jus autem civile fundatur super publica utilitate. Sed publice non est utile quaslibet voces nonnumquam temere prolatas actionem continuo producere : negari tamen non potest, quin ex quocumque pacto nudo etiam jure civili oriatur quædam obligatio, quæ appellatur naturalis propter consensum et naturalem æquitatem quæ est, ut pacta et fides servetur. Quæ naturalis obligatio ejusmodi est, ut etiam inter patrem et filium, inter quos nulla civilis obligatio est, contrahatur ».

une de ces deux présomptions et le critérium doit être trouvé dans la notion d'intérêt ; selon que le pacte lui est favorable, utile, ou, au contraire, lui cause un préjudice, le « tacens » sera réputé ou non consentant. Pour clore cette discussion qu'il avait entamée dans le but de montrer l'étendue de la règle canonique, Dumoulin constate purement et simplement la commune opinion des docteurs qui ne fait pas la distinction (2).

Ce n'est donc point, on le voit, sans les soumettre à l'épreuve de la critique que Dumoulin nous rapporte les règles de droit admises de son temps. On s'en convaincra plus amplement encore en étudiant maintenant la pollicitation qui nous conduira tout naturellement à parler de la stipulation.



Dans le Commentaire sur le code de Justinien, Dumoulin avait déjà considéré la pollicitation comme une partie du pacte (3) ; ailleurs, il précise encore cette idée : la pollicitation est le premier échelon vers le pacte, non pas une parole en l'air, jetée sans dessein, mais une promesse sérieuse à qui il manque l'acceptation (4). C'est pourquoi elle n'engendre aucune obligation ni civile ni canonique et ne peut être valable que si elle est faite pour de pieux motifs ou dans l'intérêt de la cité ; il faut

(2) Consulter la suite du texte précédemment cité — même référence. « Tamen illa communis opinio quæ fortassis in consulendo et judicando sequenda est, habet, quod pactum illud quamvis improprum, actionem tamen jure canonico pariat ».

(3) Dumoulin, *Opera omnia*, tome 3, p. 603, « Est pollicitatio veluti pars pacti ».

(4) *Nova et analytica explicatio rubricæ et legum I et II. Rubrica de verborum obligatio*, tome 3, p. 6 et ss. N° 2 : « Pollicitatio vero facit primum gradum, sed ad pactum, seu conventionem imperfectum. Est enim non simplex jactatio, sed promissio seria, nondum tamen acceptata ».

d'ailleurs qu'à l'intention libérale du pollicitant vienne s'ajouter une juste cause (5). Mais cette offre peut être faite à un absent et non pas nécessairement en présence de l'acceptant éventuel (6). C'est la théorie complète de la pollicitation qu'expose Dumoulin, nous montrant en même temps, à quelles conditions l'offrant sera tenu par sa propre déclaration.

Normalement la pollicitation n'oblige pas, tant qu'elle n'est pas acceptée ; mais cependant Dumoulin nous dit que si l'on rencontre dans un acte le mot « polliceor » ou un autre du même genre, la stipulation est présumée (7). Nous voici ramenés à l'étude de l'engagement formaliste ; s'il existe toujours, si tel mot prononcé ou écrit oblige, il devient inutile de distinguer le *pactum proprium*, le *pactum improprium* et la *pollicitatio* (8). Et alors Dumoulin, maintenant, comme il avait tout à l'heure discuté la valeur du principe canonique, avant de l'admettre, va discuter l'utilité de la stipulation avant de la rejeter.

Tandis que le pacte ou la convention est le consentement de deux personnes qui ont la même intention de

(5) *Commentaria*, tome 3, p. 603. *Nova et analytica... Rubrica de verborum obligatio* N° 5 : « *Est enim justa causa, reparatio incendii vel alterius cladis in quam civitas cecidit, quasi in piam, publicam et necessariam causam promissum* ».

(6) *Rubrica de Verborum obligatio*. N° 8 : « *...quia in pollicitatione non refert fieri per præsentem vel absentem, ex quo est solius offerentis promissum* ».

(7) *Commentaria in Domini Justiniani Codicem*, l. 2, t. 3, de *pactis*. Tome 3, p. 603 et ss. : « *...pro complemento adjiciendum est hic quod quamvis pollicitatio propter auctoritatem nec jure canonico nec jure civili actionem pariat, tamen si verbum « polliceor », aut ejus generis aliud in instrumento reperiat, stipulationem inducat. Ita ut etiam jure civili agi possit, et hoc est propter auctoritatem instrumenti*.

(8) Dumoulin dit d'ailleurs dans l'*Extrictio Labyrinthi dividui et individui secunda pars* n° 194, tome 3, p. 146, col. 1 : « *Est enim stipulatio contractus generalis ad omnes conventiones, sive bonæ fidei, sive stricti juris* ».

s'entendre, accord qui, si rien d'autre ne s'y ajoute ne produit qu'une obligation naturelle, la stipulation au contraire contient des paroles certaines qui, par elles-mêmes, engendrent l'action en justice (9). Quels sont donc ces « verba » qu'il faut obligatoirement prononcer ? Dumoulin les examine et en arrive à comparer au point de vue de leur efficacité les mots *prmissit* et *convenit* ; il rapporte alors la commune opinion des romanistes et le fait brièvement, dit-il, car l'intérêt de cette distinction est faible (10). Cette réflexion annonce sa conclusion où il est dit qu'aujourd'hui, en pratique, toutes les théories au sujet de la stipulation sont superflues ; la convention prouvée, même sans écriture publique ou privée, soit par l'aveu des parties, soit par témoins, soit autrement, pourvu qu'elle ait un objet licite et soit faite par des parties capables de s'obliger, doit être observée comme une stipulation et produira action (11). « Le pacte nu sérieusement conclu équipolle à stipulation » est-il dit dans la table du tome III, renvoyant au numéro 42 cité dans la note précédente (12). On ne saurait mieux

(9) Nova et Analytica... rubrica de verborum obligatio N^{os} 9 et 10 : « Stipulatio introducta est a jure civili, ut certa verborum forma servata sine alio adminiculo statim oriatur obligatio efficax in judicio et jus agendi ».

(10) Même référence n^o 30 « Breviter, quia modica in hoc utilitas est, dico veram esse de jure Barto. et communem sententiam quod verbo promitto in scriptura importat stipulationem ; verbum autem convenit, etiam in scriptura, non ultra conventionem nudam importat ».

(11) Même rubrique n^o 42 : « Sed hodie in praxi hæ et omnes leges et theoriæ de formulis stipulationum supervacuæ sunt : quia etiam extra scripturam publicam vel privatam, sive confessione partis, sive testibus, aut alias legitime appareat de conventionem serio pacta et conclusa, in re licita, nec prohibita, nec inter prohibitas aut inhabiles, pro stipulatione habetur et oritur efficax actio... ». Bernard d'Aufonne, La conférence du droit français avec le droit romain, 3^e éd., MDCXXIX, tome 1, p. 652, cite ce passage encore plus longuement mais sans émettre, dans son commentaire, aucune idée originale.

(12) Hodie nuda conventio serio conclusa, stipulatione æquipollet.

faire apparaître l'inutilité, désormais reconnue, de la forme pour engendrer l'obligation. Et Dumoulin ne cache pas en cette matière l'influence de l'équité canonique (13). C'est l'échange des consentements qui fait l'obligation ; le rôle de la volonté est dès lors reconnu comme prépondérant : « Tota enim virtus, essentia et productio omnis contractus, vel conventionis, in conclusione simultanei consensus consistit. » (14) (15)

Le principe est donc posé de la manière la plus nette. Comment les successeurs de Dumoulin vont-ils le comprendre ?

§ 2

LES SUCCESSIONS DE DUMOULIN

Les auteurs postérieurs à Dumoulin, voulant à leur tour affirmer le principe qu'il avait si bien posé, rencontrèrent un obstacle qui, à vrai dire, n'était pas bien gênant, mais dont ils ne surent pas toujours éluder, de

(13) Nova et analytica explicatio rubricae et legum I et II. Lex prima n° 30 : « Et sic frivolum est disputare, vel negare pactum nudum colore iudicii fomentari, praesertim recepta in usum aequitate canonica de qua in c 1 et 3 de pactis » (c 1 et 3 X-1-35 de pactis, c'est le canon Antigonus).

(14) Nova et analytica... lex prima n° 13, tome 3, p. 26, col. 2.

(15) Pour ce qui est du serment, Dumoulin en parle aussi dans les *Commentaria in Domini Justiniani Codicem* livre IV, titre 1 de rebus creditis et jurejurando, *Opera omnia*, tome 3, p. 630 et suiv. Pour le serment volontaire, le seul intéressant, il admet pleinement les règles canoniques, cite la parole du Christ « Sit sermo vester est non non, et le c. etsi Christus (c. 26 X-2-24, de jurejurando). Il admet donc que la parole seule engage, le serment n'y ajoute rien ; là encore l'obligation n'est plus formaliste. Le serment ne peut que la confirmer ou lui servir de preuve ; un serment n'engendrera pas d'obligation s'il n'y a pas de promesse ou d'obligation préexistante. Cf. Pothier, *Traité des obligations*, n° 105, qui voit bien dans le serment « un accessoire de l'engagement ».

façon péremptoire, la difficulté. Il en résulte parfois dans leurs démonstrations des tâtonnements inexplicables. Ce sont là les premières vicissitudes d'un principe qui s'était introduit progressivement dans le droit coutumier et ne pouvait revendiquer la paternité d'un texte formel du législateur, c'est-à-dire du prince (16). L'unité du droit, sur ce point précis de la formation de l'obligation par le consentement, s'était faite spontanément ; et, dès lors, l'abrogation des anciens usages ne pouvait résulter que de leur désuétude ou de leur déchéance, non pas d'une suppression immédiate. C'est ainsi que la stipulation se maintint dans la pratique ; mais quel rôle jouait-elle désormais et dans quelle mesure conservait-elle son caractère de contrat formaliste ? Telle est la difficulté à laquelle certains auteurs, en particulier Papon, donnent de longs développements.

Charondas le Caron et Maynard

La survivance de la stipulation n'a pas trompé ces deux auteurs. Charondas (1536-1617) écrit, en effet, dans ses notes sur la Somme Rural de Bouteiller : « La stipulation intervient souvent aux autres contrats, ayant été inventée pour fortifier et confirmer les obligations... Toutefois les obligations qui procèdent des autres contracts ne laissent sans stipulation d'engendrer actions, comme sont celles de prest, de commodat, de depost, société, emption venditoïn, location conduction, et autres (17) » Charondas ne se trompe pas ; la stipulation

(16) Et pour cause d'ailleurs, le Roi ne se reconnaissant pas le droit de modifier les dispositions coutumières.

(17) Au livre II, titre 37, de Stipulation. Tandis que Bouteiller écrivait : « Selon l'entendement de la loi obligation sans stipulation est

n'a plus qu'un caractère accessoire ; c'est, le cas échéant, un moyen de preuve supplémentaire ; elle ne fait pas naître l'obligation. Il affirme qu'elle est toujours jointe aux contrats notariés ; il n'insiste pas, tout en le mentionnant, sur son caractère de contrat particulier, ce qui nous prouve qu'une stipulation isolée ne vaut pas plus qu'une simple promesse et qu'elle est réduite à n'être plus qu'une clause habituelle des contrats (18). Charondas cite Maynard qui, lui aussi, a compris que la stipulation n'a plus rien à voir avec l'acte formaliste et déclare que les actes authentiques l'ont remplacée (19).

Jean Papon

Nous sommes loin de rencontrer chez Papon une vue aussi juste et aussi clairement exprimée. Certes, il est, par la date, le devancier des deux précédents auteurs, mais ce n'est pas là une circonstance qu'on puisse prendre en considération ; il est le contemporain de Dumoulin et n'est mort que 24 ans après lui (1505-1590).

En son premier Notaire, Papon commence par exposer une singulière classification des contrats. « L'usage

trop nue chose, ne ne chet point en action ferme ». Somme Rural, éd. Lyon 1621, p. 1.444 et s.

(18) Pandectes du droit français, livre II, des obligations ch. 25 dans Charondas : Œuvres en 2 vol., 1637, tome 2, p. 282 : « Pour le regard de la stipulation ou obligation de paroles on en fait en France un contrat particulier, mais dans tous les contrats les subtils et advisez Notaires ont accoutumé d'insérer les termes dont la stipulation étoit conçue, à savoir promettans et stipulant de bailler ou faire ce qui est convenu entre les parties ».

(19) Notables et singulières questions de droit écrit jugées à Toulouse, éd. 1751, tome 1, liv. 3, ch. 3, p. 219 : « L'usage des stipulations telles qu'elles étoient le temps passé a depuis longtemps été banni en France ; les actes publics reçus par nos Notaires ont succédé en leur place ».

de contracter, dit-il, gist en trois sortes principales ». Le premier usage est celui des contrats réels, le second des contrats par le seul consentement et « le troisième est des paroles, comme en stipulation où les paroles sont considérables pour la forme. Cette partie comprend universellement toutes pactions qui peuvent intervenir et sont requises pour la conservation du commerce et société des hommes entre eux, de toutes affaires qui se présentent (20) ».

Dans l'examen qu'il fait des contrats consensuels, Papon admet sans réserve le principe posé par Dumoulin quand, à propos de la vente, il écrit : « le consentement et accord entre les parties absentes est suffisant parce que dessus (a été dit : Papon vient de dire que les absents peuvent consentir par lettres missives, messagers, représentants), sans paroles et sans stipulation et que, sans ce, le consentement peut être cogneu et déclaré (21) » La dernière partie de cette citation pourrait constituer un principe absolu, dominant tout le droit contractuel et faisant échec à l'acte formaliste : « *sans ce* », dit l'auteur. Et même, on pourrait dire que Papon, en posant ce principe, exprime en même temps la seule utilité que peut désormais présenter la stipulation, à savoir de faire connaître le consentement par le procédé de la demande-réponse (22).

En ce cas, aucun texte ne serait plus décisif que le sien ; et on ne pourrait que suivre l'auteur si, d'autre part, il ne semblait indiquer, en introduisant dans sa classification le contrat par paroles, que celles-ci sont parfois indispensables à la validité de la convention. En

(20) Premier notaire, p. 1-2.

(21) Id., p. 61.

(22) Voir infra : Pasquier.

vérité, on ne pourrait relever chez Papon, aucune contradiction, s'il ne voyait dans la parole que le moyen le plus commode de correspondre et par là même, de s'obliger. Mais, frappé de la pratique courante de la stipulation, il tente de la présenter comme un contrat spécial. C'est à tort qu'il invoque en ce sens l'usage notarial : « Aujourd'hui, dit-il, le notaire sert de stipulateur et luy-mesmes stipule avec chacune des parties en tous les contrats qu'il reçoit (23) ». Ce n'est pas là la conception de Charondas ou de Maynard qui se contentaient de constater l'habitude des notaires, mais il ne faut point chicaner Papon pour si peu ; que le notaire questionne les parties pour savoir si elles sont d'accord, c'est même indispensable ; qu'on appelle cette demande-réponse une stipulation, c'est une affaire de mots. Il n'y a là, de sa part, que la constatation, sous une expression différente, d'un même fait, à savoir que mention est faite de la stipulation dans tous les actes notariés ; ce qui ne permet pas de dire qu'elle possède une nature particulière, sur laquelle d'ailleurs Charondas se gardait d'insister, comprenant qu'il est impossible d'admettre que des « certa verborum forma » détiennent encore le pouvoir d'engager, le pacte nu étant sanctionné.

Papon, au fond, le sait aussi bien ; son tort est de vouloir le méconnaître en essayant de montrer que les paroles doivent encore parfois être considérées, pour la validité d'un acte. Il est facile de s'en rendre compte : il ressort bien en effet de son texte que le contrat par paroles n'est valable que s'il est soumis à la cause finale : « L'homme doit accommoder ses paroles avec les propres effets qui doyvent suyvre sa promesse (24) »,

(23) Premier notaire, livre 3.

(24) Id., p. 159.

écrit-il. Qu'est-ce à dire sinon que les paroles doivent être l'expression exacte du but dans lequel on s'oblige ? Que la considération de ce but doit précéder la prononciation des paroles et dicter leur contenu ? Alors de quelle utilité peut être le contrat formaliste si, en tous cas, il faut rechercher l'intention de ceux qui s'obligent ? Papon le comprend tellement bien qu'il ajoute aussitôt : « Chacun doit bien penser qu'il n'est pas possible que toutes choses dont les hommes ont à faire se puissent arrêter et conclure entre eux par contrat solennel (25) ». Il fallait dire : « Qu'il n'est pas utile ». Et, de fait, sur le point de savoir quel est le plus important dans la stipulation, la parole ou le consentement, l'auteur s'enlise et se contredit plusieurs fois en quelques lignes (26). Papon se livre à une discussion stérile qui a toutefois pour mérite de fournir la preuve évidente que les mots magiques, d'où naissait l'obligation, ont perdu leur force. Ce qu'est devenue la stipulation c'est Pasquier qui, exactement, nous le dira.



Les paroles solennelles n'ayant plus d'utilité, il est est donc juste de s'étonner que Papon, sans y réussir, tente de leur attribuer encore quelque crédit. Mais il ne

(25) Id., p. 161.

(26) Id., p. 163 : « Et quant à ladite stipulation, sans doute elle est plus autorisée dudit consentement que des paroles : vray est que le droit civil qui l'a produite et créée, n'a voulu que par autres moyens que de parole, le consentement et volonté des parties fussent congrus et démontrés ; mais pas une chose des deux, paroles et consentement, n'y a plus de force que l'autre et y sont les deux conjointement requis de sorte que si l'un défaut, et l'autre y est ne se fait rien, assavoir la parole sans le consentement et le consentement sans parole... Toutes ces parties observées comme il faut, montrent bien que le consentement est plus considérable que la parole ».

faudrait pas laisser planer ce doute que l'auteur des « Notaires » est en retard sur son temps ; ne voyons dans cette partie de son œuvre qu'une trace d'archaïsme, confirmée d'ailleurs par cette routine jurisprudentielle, un peu plus loin signalée, et qui consiste à dire qu'aussitôt qu'une promesse est faite ou une dette reconnue, la stipulation est présumée accomplie ; argument dont la valeur est plus que contestable, marquant par lui-même l'abandon de la stipulation puisqu'elle est réduite à une présomption et qui a pour seul mérite de prouver indiscutablement que l'antique vertu du vêtement formel est devenue celle du simple pacte. De cette transformation, Papon rend compte de la manière la plus nette. Si l'on appelle nues certaines pactions, c'est, dit-il, « parce qu'elles sont faites sans cause » et il ajoute : « *Est-il raisonnable que sous un légier propos tu puisse avoir mon bien malgré moi ?... Je te diray que je t'ay promis sans cause et sans propos et que tu es toujours comme devant* (27) ». Si on réalisait une promesse sans cause, ce serait donc malgré le promettant, ce serait l'accomplissement de quelque chose qu'il n'a pas voulu. Il y a, dans ce texte, l'expression parfaite de la concordance inévitable entre la validité du pacte nu et l'idée de finalité. Sans cause, il ne peut y avoir de volonté libre ; et il est possible, dans ce qu'écrit Papon, de donner au mot cause le sens de but, de motif déterminant ; on reconnaît là l'influence canonique et l'on constate combien cette conception si juste est éloignée du principe de l'autonomie de la volonté. C'est le fondement même du droit nouveau que Papon énonce ; c'est cela qu'il faut retenir de son œuvre, sans s'appesantir sur les vaines obscurités de la discus-

(27) Premier notaire, livre 6, p. 390-392. Cf. sur ces points infra ch. III, sections 2 et 3 ; ch. V, § 1 et 3,

sion sur l'importance respective du consentement et de la forme ; discussion qui témoigne de l'état passé du droit, mais tout récent encore, et dans lequel la stipulation faisait figure de contrat particulier.

Pasquier — Loysel

Pasquier (1529-1615), à peine moins ancien en date que Papon, tout à fait contemporain de Charondas et de Loysel (1536-1617) rappelle tout d'abord, comme celui-ci que la stipulation n'a pas en France plus d'efficacité que la simple promesse : « Nous ne nous amusons point à cette cérémonie de parolles, qui estoit requise aux Romains, en matière de stipulations, mais une chose nous ayant été promise par un quidam qui s'est obligé envers nous, nous pouvons intenter action contre luy, à ce qu'il ait à nous satisfaire » (28).

Dès lors, logique avec lui-même, Pasquier juge impossible de voir dans la stipulation un contrat particulier. Cela lui évite d'examiner et même d'effleurer le problème insoluble auquel s'était heurté Papon. Pasquier voit dans la stipulation un « *passe-partout* » de tous les autres contrats : « *je veux dire que c'est un instrument qui s'emploie à la passation de tous lesdicts contrats et le compare à la grue dont les maçons et architectes usent en bastissant les maisons, qui est un outil sans lequel elles ne peuvent estre basties, et néanmoins elle n'en fait*

(28) Interprétation des Institutes de Justinien, éd. 1847. Livre 3, ch. 36, p. 596. Avec la même force il rejette les distinctions entre contrats de bonne foi, de droit strict, nommés et innommés « qui sont toutes chicaneries des anciens Romains » (l. 3, c. 56, p. 689). On se souvient de l'adage de Loysel, partout reproduit : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ».

pas part et portion (29) ». Une telle conception prive la stipulation de son efficacité automatique, résultant des paroles prononcées ; elle cesse, par là, d'être une espèce particulière de contrat, et elle cesse aussi d'être un contrat : elle n'est plus un moyen de s'engager, mais seulement un moyen commode (tellement commode qu'il paraît indispensable comme la grue...) d'exprimer une volonté, de préparer un accord qui, réalisé, subsiste sans son secours (30) ; on ne peut mieux dire que la comparaison de Pasquier ; mais alors la stipulation n'est plus qu'un corps sans âme et elle ne rappelle plus du tout l'institution si importante de jadis. La conception de Pasquier est une conséquence directe de la reconnaissance du pacte nu et elle prouve, de façon saisissante la déchéance de la stipulation, celle du droit romain.

Nicolas Chorier

Nicolas Théveneau

Le premier de ces auteurs s'inspire directement de Dumoulin et se contente de reproduire sous une forme française et brève, le principe exprimé avant lui, en latin. C'est ainsi qu'il affirme de manière péremptoire : « La

(29) Livre 3, ch. 29, p. 581. Pasquier exprime encore ainsi l'inefficacité de la stipulation, bien que son expression, ici, ait moins de netteté : « c'est une espèce d'obligation qui semble être nulle et sans effet, et qui n'a point de lien sinon de tant et en tant que l'on fait passer soubz son alambic toutes les autres manières de contrats ».

(30) Ce schéma demande-réponse est d'ailleurs le moyen le plus souvent usité de se mettre d'accord, alors même qu'il n'a point lui-même d'efficacité juridique n'étant qu'un mode de réaliser le contrat. Comme le dit Capitant (Manuel II, n° 24, p. 23) le consentement, dans son acception populaire, c'est « l'adhésion à une proposition ». Pasquier rejoint ainsi la conception de Papon sur le rôle des Notaires-stipulateurs.

volonté des parties fait le contrat, l'écriture du notaire fait l'instrument (31) ».

Au contraire avec Nicolas Théveneau, nous entrons dans une controverse qui appelle d'intéressantes réflexions. Cet auteur, avocat en la cour présidiale à Poitiers, a écrit un « Traité de la nature des contrats pactions et substances d'iceux », rapporté par Bouchel.

Après une définition du contrat dans lequel Théveneau voit « le mutuel et respectif consentement de deux ou de plusieurs » (32), l'auteur parle du pacte, de la pollicitation, des distinctions romaines entre contrats de bonne foi et de droit strict, nommés et innommés, pour arriver enfin au pacte nu, point véritablement intéressant de son exposé. Il compare, en effet, à ce sujet la loi civile et le droit canon et cherche à les rapprocher ; ce qu'il fait en commettant d'abord une erreur grossière (33) et ensuite par un pur artifice de langage ; on serait tenté de dire qu'il joue sur les mots. Voici le texte en question : « Davantage pour prouver qu'il n'y a pas de différence entre le Droit canon et la loi civile, la disposition canonique veut que tels pactes produisent action, ils ne sont doncques plus nuds : car tout ainsi que nous avons dit que les pactes étant premièrement sans action, la loi civile a voulu qu'ils produisissent obligation civile et conséquemment actio, et par ce moyen ont été dits vêtus par l'aide de la loi : Nous dirons aussi que

(31) La jurisprudence du célèbre conseiller Guy Pape dans ses décisions par N. Chorier, l. IV, sect. 1, art. 1.

(32) Bouchel, La Bibliothèque ou trésor du droit français, tome I au mot Contrat, p. 661.

(33) En effet, après avoir dit que l'équité canonique ordonne « que toute paction simple et nue puisse causer et engendrer obligation et action », il ajoute que ces termes « disent seulement que les pactions accordées doivent être entretenues ». Si le droit canonique accorde une action, ce n'est plus un simple devoir moral qui naît du pacte, comme en droit civil, page 666.

le Droit Canon voulant qu'un pacte nu produisît action, il ne sera plus dit nu, mais vêtu de l'aide de l'équité canonique (34) ». Il n'y a là qu'un badinage, plus bizarre qu'élégant ; et l'assimilation réalisée par Théveneau est toute superficielle ; disons, s'il le veut, que tout pacte est vêtu, mais alors pour que la différence disparaisse réellement il faudrait que la loi civile et l'équité canonique ne fasse qu'un : cela est vrai maintenant que l'équité canonique a pénétré dans la loi civile, assurant le respect de tous les pactes, et supprimant aussi, du même coup, tout prétexte de comparaison. Toutefois, retenons la terminologie de Théveneau : vêtu par l'aide de la loi, vêtu de l'aide de l'équité canonique. Elle n'est pas inexacte ; elle est même conforme à la célèbre définition des Institutes : *obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei* « *secundum nostræ civitatis jura* » : on est obligé en vertu du droit de la cité, c'est donc bien en définitive la loi civile qui sert de vêtement ; rien n'empêche que l'équité canonique joue un rôle analogue. Théveneau ne la définit pas, mais il nous prouve, par son expression, qu'un soutien est nécessaire au pacte : ce sera la cause. Il nous ramène donc, lui aussi, à cette notion, qui domine tout le rôle de la volonté.

§ 3

UN JURISTE PHILOSOPHE : GUYOT

On a vu que Dumoulin avait formulé de manière extrêmement nette le nouveau principe de la validité de

(34) Bouchel, p. 666.

l'obligation par le seul consentement, en reconnaissant, dans cet avènement, l'influence très grande qu'avait exercée le droit canonique. Comme on l'a très bien dit, l'adage *Solus consensus obligat* « affirmait la disparition de l'état formaliste du droit. Mais il n'annonçait pas un principe de l'autonomie de la volonté... Il n'accordait pas à l'homme un pouvoir, il lui rappelait un devoir (35) ». Les auteurs qui suivirent Dumoulin comprirent bien ainsi le nouvel adage, et les quelques allusions qui, en les étudiant, ont dû être faites ci-dessus à la notion de cause, prouvent bien que dans notre ancien droit, personne n'a songé à élaborer la théorie en faveur depuis le Code civil, et qu'au contraire, l'orientation du progrès juridique se faisait dans le sens d'un consensualisme, reflétant plus ou moins parfaitement les préceptes canoniques (36). Cependant il n'était pas impossible de s'inspirer de Dumoulin lui-même pour justifier, ou tout au moins tenter d'expliquer le principe de l'autonomie de la volonté, comme base de tout le droit contractuel, le jour où ses partisans voudraient lui apporter l'appoint de l'autorité de ce célèbre juriste, ou lui découvrir des précédents historiques (37). Mais on conçoit qu'une telle justification ne puisse être tentée qu'une fois le principe formulé, en réaction contre le droit canonique lui-même qui, dans le même temps qu'il proclamait

(35) Tison : *Le Principe de l'Autonomie de la Volonté dans l'ancien Droit français*, thèse, 1931, p. 22-23.

(36) On s'en convaincra mieux encore en examinant la notion de cause dans le chapitre suivant.

(37) La netteté du principe *Tota enim virtus...* cité au § 1 s'y prêtait ; et de plus, Dumoulin lui-même offrait quelques arguments, de valeur discutable, d'ailleurs. C'est à savoir l'idée qu'il émettait d'expliquer le régime légal de communauté comme un régime conventionnel tacite, cf. Tison, p. 99-109 et les références ; c'est également l'identification que, dans un exemple particulier, Dumoulin faisait de la cause et du motif, question qu'on retrouvera au prochain chapitre.

la validité du pacte nu, lui donnait comme fondement la notion de cause et non le vouloir individuel. C'est donc en s'inspirant d'un système philosophique qu'il était possible de faire de la volonté individuelle, une fin en soi.

Il suffisait pour cela de dire que tout repose sur la volonté, au moins présumée de l'homme, même les lois positives, que les coutumes n'ont d'autorité que par le consentement populaire. C'était là le principe du contrat social que Rousseau a formulé (38). Cependant Tison ne voit point l'origine du principe de l'autonomie de la volonté dans la pensée même de Rousseau, mais dans une déformation de celle-ci, à l'encontre de l'opinion communément admise (39). Déformation ou pas, il n'en est donc pas moins vrai que l'idée de contrat social a servi de prétexte, et que c'est elle qui a inspiré les juristes. Dans quelle mesure, chez les auteurs, avant le Code civil, le vouloir individuel a-t-il remplacé l'équité

(38) Rousseau, *Du contrat social*, L. I, 6, *Du pacte social* : « Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants : Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale, et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout ».

(39) Tison, p. 121 : « L'individualisme naît, en effet, du fait même de la Révolution française et du désordre social que celle-ci entraîne. Et ce n'est que par une déformation des idées savantes du XVIII^e siècle qu'il se les approprie comme pour y trouver sa justification dans le passé. De l'œuvre de Rousseau on ne retient que les prémisses qui sont fausses : l'image de Robinson et la croyance dans la bonté naturelle de l'homme ». Sur tous ces points, cf. Tison, p. 109-124 ; ce qu'il dit en note sur Gounot, p. 121, n. 2. Ses citations de Brodeau (p. 110) et de Ferrière (p. 115) à propos de la coutume « faite du consentement des Habitants » (Ferrière, *Dictionnaire au mot Coutume*, p. 391). Sur la communauté coutumière comme régime conventionnel tacite cette citation de l'avocat général Bignon sur un arrêt du 29 mars 1640 (*Journal des principales Audiences*, l. III, p. 242) : « La communauté d'entre mari et femme que la coutume a établie, qui vient et s'insinue par matière de parler sans mot dire, c'est un droit tout particulier et purement civil, une loi municipale et un Statut expressément consenti, par ceux-là seulement qui font et représentent les trois états d'une Province » (Tison, p. 115).

canonique comme fondement de la validité des pactes ?
Tel doit-être l'objet des réflexions qui vont suivre.

*
**

Guy Coquille (1523-1603) avait pu dire déjà : « Le peuple obéit plus volontiers à la loi que lui-même a eu agréable (40) », il exprimait de cette manière, en plus d'une constatation de psychologie, cette vérité, incontestable d'ailleurs, que la coutume, pour continuer d'être en vigueur, doit être conservée par le peuple (41) ; et cette reconnaissance d'une origine populaire du pouvoir, n'annonçait point l'admission, dans les rapports contractuels, du principe de l'autonomie de la volonté.

C'est beaucoup plus tard que *Guyot* (1728-1816), au seul point de vue qui nous occupe ici de la formation de l'obligation civile, soutiendra que celle-ci résulte principalement, exclusivement même, du vouloir individuel. Il le fera beaucoup plus en philosophe utopiste qu'en juriste avisé ; mais avant lui le principe de la liberté des conventions avait été plusieurs fois exprimé avec une très grande force. C'est ainsi que *Ferrière* disait : « Les contrats sont absolument volontaires ». « Ce qui fait un contrat c'est le consentement mutuel et réciproque des parties contractantes (42) ». Tandis que *François Lange*

(40) *Coquille*, Œuvres, tome II, p. 125.

(41) On connaît la définition du *Grand Coutumier de Normandie* : « Les coutumes sont des usages pratiqués anciennement, approuvés par les princes et conservés par le peuple ».

(42) *Ferrière* (1639-1715), Dictionnaire, au mot contrat, p. 418, il ajoute également que, pour contracter on ne s'arrête pas « aux scrupuleuses règles que les Loix romaines avaient introduites ». Tandis que son contemporain *Claude Fleury* (1640-1723) est beaucoup moins catégorique. *Institution du droit français*, éd. Laboulaye et Dareste, 1858, 4^e partie, ch. 1. Le contrat est « une convention autorisée par les lois. Nous appelons convention le commun accord des personnes

(1610-1684) donne du contrat une définition tout à fait usuelle (43), celle de *Prévot de la Jannès* a le mérite d'une plus grande originalité : « Le contrat ou la convention se forme par le consentement mutuel de deux personnes dont les volontés se réunissent au même point ; on peut la définir *une promesse acceptée* » (44). Cette idée de promesse acceptée nous fait ressouvenir de la stipulation, ou plutôt de l'accord par demande-réponse, sans paroles solennelles ; on sait qu'à cela seul s'était réduite la stipulation et Pasquier disait d'elle qu'elle n'était plus qu'un instrument qu'on utilisait souvent pour contracter. Plus éloignée de l'époque où les traces des subtilités romaines étaient encore visibles, et ayant mieux compris sans doute les habitudes populaires, *Prévot de la Jannès* n'hésite pas à dire, comme autrefois on enseignait que la réponse affirmative à une question posée engendrait la stipulation, que le contrat ou la convention est une promesse acceptée ; c'est une idée extrêmement juste et qui permet de mesurer le chemin parcouru depuis le formalisme ; celui-ci n'est plus admis mais c'est la demande-réponse, partie essentielle de l'acte formaliste, qui sert maintenant à définir tous les contrats. Cette

qui veulent que la même chose soit et nous croyons qu'elle est autorisée par les lois quand nous la voyons revêtu d'un nom particulier... ou bien quand elle a commencé d'être exécutée ». C'est donc cela qu'il appelle contrat ; ce qui est innommé, non revêtu d'un nom ou non exécuté partiellement, c'est le pacte. Il n'y a là rien d'original.

(43) La nouvelle pratique civile criminelle et bénéficiale, éd. 1755, tome I, l. 3, ch. 12, p. 286 : « Contrat est une convention approuvée et autorisée par le Droit ou par la Coutume à l'effet de produire une action, ou bien c'est le consentement ou l'accord de deux volontés en un même point parce que deux ou plusieurs personnes se promettent et donnent parole d'accomplir l'une envers l'autre ce dont elles sont demeurées d'accord ».

(44) *Prévot de la Jannès* (mort en 1749). Les Principes de la Jurisprudence française, tome II, titre VIII, ch. 1, n° 407. Cf. *supra* § 2, la dernière note sur Pasquier.

définition qui ne cherche pas à être savante, mais rend merveilleusement compte de la réalité, a encore ce second mérite de ne pas distinguer contrat et convention ; tandis que Lange et Fleury disent ce que le Code civil répètera après eux : Contrat est une convention.

*
**

A côté de cette simplicité convaincante et forte que reflètent les termes de Prévot de la Jannès, si maintenant nous ouvrons le Répertoire de Jurisprudence au mot convention, nous rencontrons quelque chose de totalement différent, ayant quitté, semble-t-il, le terrain solide des faits, à la recherche d'un fondement théorique supérieur et toujours discutable, du droit contractuel.

« Dès que les hommes se sont rassemblés, ils ont fait des conventions..., la société elle-même n'est que la plus grande des conventions (45) ». Comme on le voit, l'auteur part de prémisses philosophiques et fausses, mais il convient de suivre son raisonnement pas à pas ; c'est peut-être le meilleur moyen pour parvenir à montrer que la conclusion qu'il en tire n'est nullement justifiée. Pourquoi donc s'étant liés entre eux par le pacte social, les hommes ont-ils encore besoin de faire des conventions plus restreintes, cette charte ne suffisant pas à leur bonheur ? Parce qu'ils n'ont pas déraciner en eux le goût de la propriété ; s'ils avaient su être altruistes à ce point, alors il n'y aurait pas eu d'autre convention que la société elle-même, leurs rapports eussent été très

(45) Joseph-Nicolas Guyot, Répertoire de Jurisprudence, 17 vol., Paris, 1784, tome 5, au mot convention, p. 13 et ss. « Des êtres insuffisans à leur bonheur ont été obligés de se le demander réciproquement », ajoute-t-il.

réduits, très rudimentaires (46), comparables à ceux des sauvages « dont les conventions sont simples comme leurs idées et leurs besoins » ; mais Guyot ne reproche point aux hommes d'être restés égoïstes et cette allusion aux sauvages est faite sans envie : cependant n'avait-il pas commencé par regretter la communauté de biens absolue ? C'est en cela seul qu'il est « bon philosophe », constatant et acceptant le « choc perpétuel d'intérêts et de besoins ».

Voici donc Guyot en présence des faits ; il les synthétise d'ailleurs de façon remarquable. A cause de la complication de leurs rapports les hommes ne s'entendent pas : « entre la misère amenée à la ruse par le besoin et l'opulence qui calcule dans son insensibilité, naissent bientôt la *défiance* et la *tromperie* ». Pour lutter contre un état de choses si regrettable, l'auteur va-t-il préconiser, dans les rapports contractuels, le respect des principes de la morale ? Ce n'est point dans cette voie

(46) « Si la plus parfaite image sous laquelle on puisse se représenter la société avait jamais été autre chose que le songe du bonheur des hommes ; si, en se réunissant, ils avoient su déraciner en eux le goût si vif et si naturel de la propriété, s'ils avoient pu rendre le bien-être de chacun inséparable du bonheur de tous ; si, en un mot, ils avoient créé ou soutenu le système de leurs associations sur celui d'une communauté de biens absolue, leurs conventions seraient toujours restées simples et bornées. A proprement parler il n'y en auroit eu qu'une, celle même qui les auroit unis ; effectivement tous les biens étant également à chacun, nul autre pacte à faire que celui par lequel la société se seroit chargée du bonheur de l'individu et celui-ci se seroit consacré à elle. Mais l'esprit de propriété entraînant avec soi un choc perpétuel d'intérêts et de besoins, il en est résulté des traités, aussi nombreux, aussi variés que les objets sur lesquels s'étendent les usages et le commerce de la société ». On a cité ce passage uniquement pour montrer les prémisses d'où part Guyot, car ce n'est pas lui qui offre le plus d'intérêt ; d'ailleurs ce qu'y dit Guyot est inexact : la société n'est pas une agglomération d'hommes qui mettraient en commun ce qu'ils ont par droit de propriété sans toutefois réussir à s'en défaire. En ce cas, les sociétés primitives seraient des modèles, car là, les hommes dans leur pacte social auraient su déraciner leur goût de la propriété ; la vérité est, au contraire, que, dans ces groupes, l'individu n'a pas encore fait la conquête du droit de propriété.

qu'il s'engage. Le meilleur remède pour éviter défiance et tromperie est de se prémunir contre le manque de parole ; pour cela « il faut l'arrêter au passage, la rendre sensible aux yeux et la retenir ainsi *pour gage d'elle-même* ». C'est l'explication de la nécessité d'un certain formalisme, mais c'est aussi et surtout un éloge sans réserve du vouloir individuel. On verra plus loin ce qu'il faut au juste penser de cette opinion de Guyot ; constatons simplement, ce qui ne laisse pas d'étonner, qu'il ne se demande pas si un contrat passé entre la misère et l'opulence n'est pas suspect d'injustice, injustice que la société pourrait s'attacher à supprimer. Sans donc s'inquiéter de la malhonnêteté dont un tel contrat peut facilement s'accompagner, l'auteur se préoccupe uniquement, et ce désir est très légitime, d'assurer une manifestation indubitable du consentement ; il ne faut pas que l'on puisse discuter de qu'a décidé la volonté des parties ; par ce moyen la tromperie deviendra impossible et la défiance n'aura plus de raison d'exister.

Autre chose encore exige que soit accompli ce que les hommes ont voulu : c'est ce fait qu'ils ont mis « leurs conventions sous la protection de la société et elle emploie sa force à les maintenir ». Quand ils se sont liés entre eux, « ils les ont encore bien davantage par la société qui serre le lien et le couvre de son sceau... c'est donc par la société que les conventions deviennent efficaces ». Alors une objection se pose : la société préfère les actes publics passés devant ses représentants ; est-ce donc que les obligations résident dans les formalités auxquelles on assujettit souvent les conventions ? Point du tout. Les conventions « dictées par l'intérêt, formées par la liberté sont en elles-mêmes des liens parfaits ». Si on les annule, « *c'est souvent pour punir l'infraction*

à leurs statuts ». Ces derniers mots sont extrêmement forts : ne pas observer ce que l'on a convenu, c'est en somme, commettre un délit qui doit être réprimé ; il y a là une assimilation du contrat à la loi, non pas un simple rapprochement par lequel on comparerait la convention à une loi entre les parties ; et cette idée du juriste Guyot se comprend aisément si on se rappelle les prémisses posées par le philosophe : la société est un produit de la volonté humaine, et c'est aussi la loi générale qui s'applique à tous : tout ce qui vient d'un accord de volontés est donc un lien parfait, une loi.

Guyot n'a pas employé l'expression même de loi, et sa pensée, on le voit, n'en est peut-être que plus fortement rendue ; car dire que la convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, c'est un vieil adage qui n'exprime pas forcément, et même pas du tout, le principe de l'autonomie de la volonté, car il se contente d'établir une comparaison entre convention et loi. C'est le sens dans lequel l'employait *Domat* (47). Nous pouvons donc dégager deux courants qui, à la veille du code civil, peuvent influencer grandement sur sa rédaction ; le premier c'est le courant volontariste représenté par Guyot, condamné par l'erreur de ses prémisses philosophiques ; le second c'est le courant canonique, issu des principes « ex nudo pacto oritur actio », « Solus consensus obligat »

(47) Les lois civiles dans leur ordre naturel Livre I, t. I, sec. 2, § 7 : « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section VI. » C'est également ainsi que l'entendait *Dantoine*, jurisconsulte du XVIII^e siècle, dans ses « Règles du droit civil, Lyon 1725, Loi 23, p. 126 *Dantoine* explique le texte du Digeste où se trouve la règle : « legem enim contractus dedit » D. 50. 17 de diversis juris antiqui. 23. Elle veut tout simplement dire, dans le texte latin qu'il faut s'abstenir de dol et de faute dans l'exécution du contrat. Le texte est tiré du commentaire par *Ulpien* des œuvres de *Sabinus* libro vicentimo nono.

dont on peut voir la traduction dans la maxime que les conventions tiennent lieu de loi, à condition, bien entendu, qu'il n'y ait là qu'une comparaison. Quelle est donc celle de ces deux influences qui a prévalu dans le Code civil et dans quelle mesure pourrait-on prétendre que c'est la thèse volontariste ?

*
**

Tâchons donc ici de fournir quelques éléments d'appréciation. Tout d'abord dans le sens de l'autonomie de la volonté, on peut faire état de ce que les juristes immédiatement antérieurs au Code civil ne s'embarrassent plus de citer la règle canonique et font reposer le respect des pactes sur le droit naturel. Un auteur du XVIII^e siècle, cependant, *François de Boutaric*, connaît encore l'origine canonique du principe que le simple pacte oblige (48) ; mais Boutaric (1672-1733) est plus ancien que Pothier (1699-1772) et que Guyot.

Au sentiment de *Favart*, dans son rapport au Tribunal, il n'est pas douteux que la toute puissance de la volonté l'emporte dans les conventions (49) : « Elles tiennent

(48) Boutaric : Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français, Toulouse, 1754, livre 3, titre XVI, p. 436. Ayant remarqué que le droit romain n'accordait une action qu'aux pactes vêtus, Boutaric ajoute : « Il en est autrement parmi nous, nous regardons toutes les conventions comme irrévocables... nous les regardons comme obligatoires autant pour produire une action légitime que pour fonder une exception, et nous suivons en cela la disposition du droit Canonique au titre de pactis où il est dit et répété en divers endroits, *pacta custodiantur, inita pacta suam obtinuant firmitatem.* » Boutaric cite Loysel : On lie les bœufs... etc. (voir ce chapitre, § 2) et dit : « c'est en ce sens que nous avons dit que la stipulation n'étoit pas regardée parmi nous, comme une espèce d'obligation différente de celle qui se contracte par le consentement des Parties. »

(49) Dans Fenet : Recueil des travaux préparatoires du Code civil, t. 13, p. 319.

lieu de loi à ceux qui les ont faites. Déjà le tribunal de Cassation avait consacré ce principe : quelques jurisconsultes trop rigoristes improuvaient sa jurisprudence : ils n'étaient frappés que de la violation faite à la volonté générale ; *ils ne voulaient pas voir que le contrat légalement formé était une émanation de la loi même et non moins sacré qu'elle* (50) ».

Cependant il ne suffit pas de poser un principe, il ne s'agit pas de le proclamer jusqu'à l'outrance ; il faut aussi l'appliquer et constater si, à l'épreuve de la pratique, il demeure véritable. Le deuxième projet de Cambacérès (51) contenait un article 144 ainsi conçu : « Toute convention, quelle qu'en soit la cause, fait loi entre ceux qui l'ont formée ». Cet article a fait place plus tard à la rédaction future de l'article 1134 du Code Civil (52). Comme si la notion de cause que Cambacérès avait fait intervenir dans son article 144 était un obstacle à une rédaction nette du principe, on ne la désigne plus. Elle gênait, en effet, et cela est trop évident.

L'article 144, de toute façon, ne pouvait conserver la rédaction que lui avait donnée Cambacérès, car elle présentait une incertitude manifeste. Que voulait dire « quelle qu'en soit la cause ? ». Celle-ci devait-elle être exprimée ou pouvait-on la passer sous silence ? C'est là un grave et important problème.

(50) Guyot, cité, tome 5 au mot convenance donné à l'ancien adage « Convenances vainquent loi » un sens très étendu qui montre bien que les convenances font échec à la volonté générale. La règle ne comporte qu'une seule restriction : elle « n'a pas lieu contre un statut prohibitif négatif, tel que celui de la coutume de Normandie qui défend expressément aux conjoints par mariage de stipuler une communauté ». Tout ce qui n'est pas défendu est donc permis, mais ce n'est là rien d'autre que le principe de la liberté des conventions.

(51) Fenet, t. 1, p. 123.

(52) Projet de la commission du Gouvernement, t. 2, ch. 2, art. 32 (le texte même de l'art. 1134 du C. civ.) ; Fenet, t. 2, p. 163.



Revenons pour un instant à Guyot ; on sait avec quelle force il affirme que le contrat est de même nature que la loi ; il est donc tout à fait intéressant de savoir ce qu'il dit de la cause, cette notion « suspecte » ainsi qu'on pourrait la qualifier, semble-t-il. Voici en effet son texte : « On appelle obligation causée celle dont la cause est exprimée dans l'acte, comme cela doit être pour la validité de l'obligation ; et l'on appelle obligation sans cause un contrat où l'obligé n'exprime aucun motif de son engagement. Une telle obligation est nulle parce qu'on ne présume point que quelqu'un s'engage volontairement sans quelque raison et *pour qu'on puisse juger de la validité du motif, il faut l'exprimer* (53) ». Voilà qui ne laisse pas de surprendre ; ce n'est pas seulement l'obligation sans cause, révélée ou non, qui est nulle (celle-là l'est toujours), mais c'est l'obligation qui ne révèle pas sa cause. Comment concilier cette conception avec la théorie de Guyot développée ci-dessus ? Très simplement : on se souvient que Guyot, dans son souci de faire respecter la parole aussitôt que donnée, disait qu'il faudrait, pour le bien, l'arrêter au passage, la retenir pour gage d'elle-même ; c'était convenir que l'engagement volontaire ne peut être sanctionné sans l'aide d'un certain formalisme ; or le formalisme, qui porte en lui-même la raison de l'action en justice, n'existe plus ; il faut le remplacer par la cause, et s'explique ainsi la sévérité de Guyot exigeant que la cause soit toujours exprimée (54). Mais alors que devient l'autono-

(53) Guyot, cité, tome 12 au mot obligation, page 276.

(54) Il nous semble utile de citer ici Brissaud, Manuel, p. 436. Ce qu'il dit de l'adage allemand *Ein Mann, ein Wort* nous semble s'ap-

mie de la volonté au sens « Guyot » ? Beaucoup moins que la liberté des conventions soutenue par le droit canonique, laquelle ne prohibait pas l'obligation sans expression de cause quoique selon Beaumanoir, elle put être soupçonnée de malice : une recherche d'intention pouvait toujours prouver que cette cause était immorale ou illicite.

Si maintenant le contraire est admis, que l'obligation est valable sans cause exprimée (c'est le cas du Code Civil, art. 1132), que devient le principe de l'autonomie de la volonté, au sens « Favart », cette fois, pourrait-on dire ? La fonction essentielle de ce principe est de soustraire le contrat à l'investigation du juge, à son arbitraire par lequel il serait porté à refaire la convention des parties et peut-être à leur imposer une chaîne dont elles n'ont jamais envisagé de se lier. L'autonomie de la volonté, sens Favart, devient alors beaucoup plus que la liberté des conventions, expression qui désigne le libre arbitre des contractants, lesquels peuvent toujours dire oui ou non, mais dont l'engagement doit remplir certaines conditions (55). Dès lors c'est la consécration de tout engagement, sans exiger de lui qu'il soit conforme à la morale, sans se préoccuper s'il est licite ; et comment en serait-il autrement ? Favart voit dans le contrat

pliquer de point en point à la théorie de Guyot. « Une fois la parole émise, si imprudente, si « nice » soit-elle, on ne saurait la rappeler. C'est là le vrai sens de l'adage allemand : ein Mann, ein Wort et il est singulier qu'on ait pris pour une preuve de liberté ce qui n'est que l'expression d'un formalisme rigide. Rapprochons en le brocard français : Comme les bœufs par les cornes on lie — Ainsi les gens par leurs mots font folie — Celui qui par mégarde a promis plus qu'il ne voulait, qui s'est trompé dans ses déclarations, est pris au mot. » Guyot substitue simplement la cause exprimée au formalisme ; cela étant entendu, sa théorie se résume dans l'adage Ein Mann ein Wort.

(55) Cf. sur le libre arbitre « décision d'entrer dans les liens du contrat » Roussier, thèse citée, p. 7.

une émanation de la loi, comment supposer qu'il lui soit contraire ?

D'un côté, on a donc une autonomie de la volonté qui ne fait que la soumettre à la tutelle d'un formalisme déguisé et de l'autre une affirmation qui n'est que chimère, totalement contraire à la tradition historique (56). D'un côté, c'est la *confiance créée*, de l'autre la théorie *purement autonomiste*, exagérément volontariste. Guyot est bien, en effet, le précurseur de cette théorie de la « confiance créée », qui veut expliquer l'engagement volontaire par « les exigences objectives du commerce juridique » (57), avec cette différence qu'il faudrait pourtant en parlant de lui, employer les termes de « *défiance évitée* », ce qui est identiquement la même chose, et une telle théorie manque son but, car elle conduit tout droit au formalisme ou à la « *cause exprimée* ». Pour ce qui est du vouloir individuel créateur, on a vu également qu'il est insoutenable et qu'il est impossible de le rapprocher, de le confondre, avec les principes canoniques, ceux-là mêmes qui ont éloigné le formalisme du droit.

Au terme de ce chapitre sur la condamnation du formalisme en doctrine, nous concluons donc que les deux thèses du volontarisme et de la confiance créée sont impuissantes à se substituer à celle du pacte nu, en un mot à la parole du Christ : « Sit sermo vester, est, est, non, non ». On a pu arriver à une telle conclusion sans incursion dans le droit moderne — c'est-à-dire sans chercher à savoir si le Code Civil a consacré telle ou telle

(56) Cf. Roussier, p. 9 qui renvoie également à Gounot.

(57) Cf. Roussier introduction. Il cite les mots ici entre guillemets qui sont de Gounot, L'autonomie de la volonté, p. 346. Et Roussier présente la critique de cette thèse, dite de la confiance créée. C'était déjà bien celle de Guyot, en effet, qui, pour « éviter la défiance », préconisait comme remède le respect intégral de la parole donnée. Cf. la note ci-dessus sur Ein Mann, ein Wort.

doctrine — en retrouvant avant le Code Civil les traces des deux théories aujourd'hui en faveur. Mais ce problème du Code Civil et du droit qui l'a suivi se posera plus tard ; pour le résoudre il faut justifier maintenant, dans les faits, la prédominance, on serait tenté de dire la valeur transcendante, de la thèse d'inspiration canonique. Repartons donc pour parcourir à nouveau la route de l'histoire depuis le xvi^e siècle, mais non plus cette fois d'un point de vue théorique ; nous recontrerons la notion de cause, dont il fut déjà beaucoup parlé, vers laquelle on se trouvait comme inlassablement ramené ; ainsi sera-t-il possible de satisfaire plus tard, la nécessité qui déjà s'annonce, de juger notre droit moderne.

CHAPITRE III

DE L'EFFICACITÉ DE L'ENGAGEMENT SANS FORME

SA CONDITION PRIMORDIALE : LA CAUSE

Section I. — *La validité des actes par le seul consentement.*

Section II. — *Le développement de la notion de cause.*

Section III. — *La théorie de la cause.*

SECTION I

La validité des actes par le seul consentement

A partir du xvi^e siècle, le problème se pose de manière simple ; le formalisme n'a plus besoin de donner l'aide de sa force aux actes. Dès lors, comment le consentement va-t-il se manifester et jusqu'où va son influence ? La seconde question peut aussi se formuler comme suit : Une simple parole, spontanée, équivaut-elle à un consentement sûr qui se reflète par exemple dans un acte écrit ? Pour y répondre, il ne peut exister de meilleure méthode, pensons-nous, que de dire quelques mots d'une convention particulière : le pari, la gageure.

D'où deux paragraphes :

§ 1. La manifestation du consentement.

§ 2. Les gageures.

§ 1

LA MANIFESTATION DU CONSENTEMENT

C'est à deux points de vue qu'on peut examiner cette question : tout d'abord un point de vue négatif, qui élargue le droit antérieur ; il s'agit alors de montrer que certains actes valables jusque-là grâce au secours d'une

formalité le sont maintenant dès lors que le consentement est certain ; un point de vue positif ensuite, qui nous dira comment il suffit que le consentement se manifeste pour présenter ce caractère indispensable de certitude.



Bouteiller admettait encore que la transaction n'engendrait pas d'action contre celui qui possède des biens qu'on réclame, car celui qui a saisine a l'exception de possession et l'exception de pacte nu ; une stipulation était donc nécessaire pour que l'exécution de la transaction puisse être demandée. Charondas au contraire déclare que « par le droit français y aurait lieu d'action pour l'entretenement de ladite transaction : car la paction portée par icelle ne peut être réputée nue, d'autant qu'elle est aydée de cause » (1). De même on pourrait assortir la transaction d'une condition quelconque ; celle-ci devrait être respectée même sans stipulation. En voici un exemple : un frère aîné avait été tuteur de ses puînés ; ceux-ci le firent quitte de toute reddition de compte sous l'espoir de succéder à leur frère qui n'avait pas d'enfants. Cette quittance était une transaction où l'aîné promettait effectivement de ne pas laisser son héritage à d'autres qu'à ses frères. Mais il le fit ; la quittance devenait-elle nulle ? Oui, s'il avait été rédigé un écrit spécifiant nettement que la condition de la quittance était de laisser ses biens ; une telle transaction devait être alors respectée « car, nous dit Cha-

(1) Charondas le Caron sur la Somme Rural de Bouteiller, livre 1, titre 40, p. 520. Le passage entier de Bouteiller (page 509) que Charondas a annoté, est cité dans Spies, thèse, p. 198.

rondas, telle condition aurait pu être ajoutée audit contract comme une autre (2) ».

On sait que longtemps le compromis n'a été valable que par l'adjonction d'une clause pénale ; il peut être fait maintenant sans peine, dit Charondas (3).

Prenons maintenant le cas de la vente ; un accord est fait étant entendu qu'il sera passé contrat un peu plus tard. La vente est-elle soumise à cette formalité postérieure ou bien sera-t-elle valable même si le contrat n'intervient pas ? Catellan et Chorier nous rapportent que la convention de main privée, bien que non suivie de contrat est suffisante, si elle est précise, indique le prix, en un mot si elle répond aux conditions d'une vente. Alors « le contrat n'est nécessaire que pour en conserver et assurer la mémoire et la preuve, la vente ne laisse pas d'être parfaite (4) ». « La vente s'accomplit par le

(2) Charondas sur la Somme Rural de Bouteiller, livre I, titre 41, Des transactions, p. 531-536. Il remarque bien que, vis-à-vis du droit romain, un acte de ce genre serait nul comme constituant un pacte sur succession future ; mais cela ne l'empêche pas de débattre le second problème que posait l'hypothèse, à savoir la validité d'une condition ajoutée sans stipulation. L'exigence de l'écrit s'explique par l'ordonnance de Moulins, art. 54. Une promesse simplement orale ne pourrait être valable et, les puînés s'en étant contentés, il faudrait plutôt présumer qu'ils ont fait quittance pour gagner la bonne grâce de leur frère ; ils seraient en ce cas mal fondés à demander la nullité de la transaction.

(3) *Id.* livre II, titre 3, Des arbitres, p. 1205.

(4) Catellan : Arrêts remarquables du parlement de Toulouse, éd. 1723, tome 2, livre 5, ch. 4, p. 215. Il cite deux arrêts du 12 janvier 1649 et 30 janvier 1676. Chorier dans la Jurisprudence de Guy Pape, livre IV, p. 203 et suiv. Sec. IV, art. 6, écrit : « Des conventions de main privée de la Demoiselle de Bassin et du Sieur de Bienassis, qui portaient vente de praesenti, et qu'il en serait fait contrat, ce qui pourtant n'avait pas été fait furent confirmées par Arrêt du 3 de mars 1640 ; cette Demoiselle fut déboutée de sa requête par laquelle elle avoit déclaré qu'elle avoit changé de volonté, soutenant que cette vente n'étoit point parfaite. Il avoit déjà été jugé par Arrêt du 21 mars 1631 contre Charles Chamaux, que la promesse de vendre qu'il avoit faite devoit être entretenue, y ayant eu convention de prix et les parties ayant bu ensemble, ut moris est inter plebeios ; tellement qu'une vente qu'il avoit faite à un autre fut déclarée nulle. » Les arrêts que rapporte Chorier ont été rendus au

seul consentement quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée ni le prix payé », dira d'ailleurs Domat (5) et l'article 1583 du Code Civil reprendra les mêmes termes. Aucune formalité n'est donc nécessaire pour rendre le contrat parfait, pour assurer l'existence du consentement ; certaines coutumes, assez tardivement rédigées, affirmeront ce principe, non sans mentionner l'inutilité (coutume de Douay) et parfois l'existence encore maintenue, à titre d'habitude, des usages anciens (6).

parlement de Grenoble. Cf. Automne : La conférence du droit français avec le droit romain, 1629, tome 1, p. 284 : Un marchand achète plusieurs muids de vin, les marque, baille les arres et le denier à Dieu, mais ne goûte pas au vin ; il veut plus tard faire rescinder la vente pour mauvais goût ; il est débouté par arrêt du 11 mai 1548 ; ne peut-on soutenir que les deux formalités accomplies, bien que superflues, avaient « assuré » la vente ?

(5) Domat : Les Lois civiles dans leur ordre naturel. Livre I, titre 2, section 1.

(6) Coutumes de la ville et échevinage de Douay (1627) in Bourdot de Richebourg, tome 2, p. 983, ch. 3 des dons, aliénations et venditions, art 2 : « Toutes ventes et dons entre vifs d'héritages situez en ladite ville et Eschevinage, passez et reconnus par devant Eschevins... engendrent, dès l'instant desdites ventes ou dons, saisine et droit réel et de propriété... au profit des acheteurs ou donataires... sans estre requis faire autres solemnitez ou devoir de justice *par rame ou baston*, ny autrement. »

Statuts et coutumes du duché de Bouillon (1628) B.d.R. t. 2, p. 845, ch. XI des Contrats, art. 1 « Tous contrats devront être faits du libre vouloir des contrahans, lesquels passez en leurs formalitez sortiront effect, n'étant licite à l'un y résilier sans le vouloir et consentement de l'autre. »

Coutumes de l'Evêché de Metz, B.d.R., t. 2, p. 414, titre 7, Des contrats et marchez, art. 1 « Tous contrats et marchez sont irrévocables et nécessaires à tenir, si tost que les parties contractantes y ont respectivement consenty ; or que seulement en signe de consentement elles ayent touché en main qu'on dit donner la *paulmée*, jaçoit qu'ils ne soient passez par devant Notaires ou Tabellions. » art. 3 : « Si tost qu'il y a contract fait et passé par devant Tabellion et sous le sceau du Prince, la tradition de ce qui en a esté convenu et contracté est entendue faite ; de sorte que l'acteur, sans autres formalités en est fait et rendu possesseur »

Coutumes générales de la terre et seigneurie de Gorze (1624) B.d.R., t. 2, p. 1073, titre 7 : Des Contrats Marchez et autres conventions, art. 2 : « le contrat, marché et convention est entendue parfaite si tost que les parties contrahantes y ont mutuelleemnt consenty » art. 3 « et le consentement se doit faire... art. 4 « soit par signe d'adveu mutuel ou donnant la parole, ou touchant en main, que le commun

Une de ces formalités devenues sans effet, est la *tradition*; elle conserve pourtant un rôle en cas de ventes successives, consolidant la situation de l'acheteur qui peut s'en prévaloir (7).

appelle bailler la paulmée; ores que la convention ne soit passée par devant justice, notaire ou tabellion.»

Coutumes de Lorraine B.d.R., t. 2, p. 1099, titre 12, Des conventions et marchez, art. 1 « Conventions et marchez peuvent être valablement faits et passez entre personnes estantes en leurs droits, ou par paroles et simplement ou par écrit, pourveu qu'il conste du consentement mutuel des contrahans la chose convenancée » (Cf. coutumes du Baillage d'Epinal, titre 6, art. 1, B.d.R., t. 2, p. 1127.

Coutumes de la Ville et Chatellenie d'Audenarde, B.d.R., tome 1, p. 1.058 et ss. seconde partie, rubrique 10, art. 1 : « Le vendeur et l'acheteur en vente volontaire... sont tenus d'accomplir leur contrat... soit que les arres soient donnez ou non. » On constate dans la coutume de Hainaut une curieuse transformation du mot paumée; il ne s'agit plus du tout de l'acte formaliste lui-même, mais la « *palmée* », dans cette coutume (et ce mot vient de palma, paume de la main) désigne le contrat d'arrentement. Cela est rapporté par Ragueau et de Laurière, Glossaire du droit français au mot Palmée, p. 367 : « Les palmées sont donc, pour ainsi parler, des prises de maisons et d'héritages à rente et les palmans sont les preneurs ». C'est en effet le sens qu'on rencontre dans les « Lois, chartes et coutumes du chef-lieu de la ville de Mons » in. B.d.R., tome II, p. 171 au chapitre XII, des arrentemens volontaires « Entant que touchent les arrentemens qui se feront volontairement de maisons et édifices, on y pourra pareillement mettre devise de faire about d'ouvrages sur le lieu ou autrement, selon que les arrentans et palmians le voudront diviser à la palmée faire ». Ragueau et de Laurière ajoutent encore : « Les arrentans, dans cet article sont manifestement les bailleurs à rente, les palmians sont les preneurs, et la palmée est le bail et la prise à rente. »

(7) Chorier, *op. cit.*, livre IV, sect. IV, art. 1. « Lorsqu'il y a deux ventes ou deux donations d'une même chose à deux personnes différentes, la loi veut que celui-là y soit maintenu à qui la tradition en aura été premièrement faite, et qui le premier en aura la possession, quoi qu'elle soit simplement civile, par la force de la clause de constitut et de précaire, et par la retenue de l'usufruit ». Dans ce texte Chorier n'a fait que traduire Guy Pape; en note il rapporte un arrêt de Grenoble du 17 septembre 1673 « Un coffre ayant été vendu, la clef donnée à l'acheteur, fut vendu encore à un autre qui l'emporta, en ayant payé le prix; le coffre fut adjugé au premier à qui la clef en avoit été donnée. »

Jean Albert : Arrests de la Cour du Parlement de Toulouse, 1686. Il examine le conflit entre deux ventes successives la première par écriture privée, la seconde par contrat public, p. 384 : « La vente par écriture privée prime celle faite ensuite par contrat public quand le premier acheteur est déjà en possession, car la tradition a consolidé son droit », p. 289 : (ce cas suppose qu'il n'y a pas tra-



Toute formalité quelle qu'elle soit, ne joue donc plus, par rapport au consentement, que le rôle d'un indice faisant présumer ou prouvant qu'il a été donné. Il peut l'être d'ailleurs par la signature, par l'aveu, par le silence, autant de modes qui, suivant les cas, rendent le consentement également certain.

La signature est le moyen le plus normal de consentir et dans les contrats notariés l'acte n'est point parfait tant que toutes les parties et les notaires n'ont pas signé ; jusque là, les contractants peuvent s'en départir (8). S'il s'agit d'une cédule — on appelle ainsi la promesse de payer une somme d'argent — elle peut être écrite de la main d'un autre pourvu qu'elle soit signée du débiteur (9). Les mêmes règles appliquées à la pratique commerciale entraînent des conséquences plus sévères (10). En ce qui concerne les lettres de change, par-

dition après la première vente) : « Quand la promesse est conçue par des mots de *præsent* ou de *præterito*, le contrat public n'est pas nécessaire si ce n'est *ad formam ampliorem*... si bien qu'il semble que la vente postérieure, quoique par contrat public ne prévaut pas. Mais en ce Parlement on décide plus subtilement cette question car la vente n'est pas achevée tant qu'il y reste quelque chose à faire... de sorte que celui qui a acheté par contrat public est préféré à cause que le notaire le met en possession *per traditionem calami*. C'est sur ces principes que le 15 février 1638, un nommé Orlhac, marchand, ayant vendu par acte privé une maison à Belloc, dans lequel acte il était dit qu'il seroit réduit en contrat public, et l'ayant vendue ensuite à Souteraine par contrat public, la maison fut adjugée à Souteraine. »

(8) Charondas dit l'avoir vu maintes fois jugé, sur Bouteiller, livre I, t. 67, p. 688. Cf. Claude le Prestre, en ses Arrêts,, 1679, Centurie II, c. 50, p. 503 (arrêt de février 1597). Pour l'acte sous seings privés, si l'une des parties ne signe pas, il n'est point parfait : Soefve, Recueil de plusieurs questions notables jugées au Parlement de Paris, 1682, arrêt du 15 décembre 1654, t. I, cent. 4, c. 55, p. 436.

(9) Bouvot : Nouveau recueil des Arrests de Bourgogne, tome 2, p. 977 au mot « *schedule* », qu. 1.

(10) Quand des marchands ont promis payer l'un pour l'autre, même sans être associés, et même sans avoir renoncé au bénéfice

ticulièrement, il est remarquable, nous dit Le Prestre (11), « qu'on les accepte pour sommes immenses par la seule parole, mesme sans en voir pas une », et il décrit les usages en cours sur la place de Lyon : chacun a un petit livre où sont écrites les lettres de change qu'on doit payer ou recevoir ; « il ne court que la parole et chacun écrit sur son livret ». Il y a là une sorte d'acquiescement, d'aveu par lequel le consentement est donné. Dans certains cas d'ailleurs, et cela aussi bien en matière civile, le silence équivaut à confession de la dette, comme si l'on ne répond pas à une lettre missive (12).

§ 2

LES GAGEURES

Maître *Claude Expilly*, président au parlement de Grenoble, intitule un de ses Plaidoyez « Si les gageures sont valables » et il conclut en leur faveur. Ce nom de gageure vient de ce que, en cette sorte de convention,

de division et droit de discussion, chacun peut être condamné pour le tout. Tronçon (Jean) : Le droit français et coutume de la prévosté et vicomté de Paris, 1664, sur l'art. 107 de la nouvelle coutume de Paris, p. 257 : Arrêt du 19 juillet 1598 : « La raison de l'arrêt est la qualité des parties et la bonne foy qui doit estre entre eux » cf. Albert : arrêt du 29 avril 1664, p. 220.

(11) Le Prestre, chapitre 82, p. 555.

(12) Papon, Livre X, p. 557 et ss. La lettre missive contient mention de la dette ; le destinataire ne proteste pas, ne détruit pas la lettre, ce qui équivaldrait à nier la dette. Alors « est ta taciturnité suffisante » lui dit Papon. Cf. Soefve, t. 1, cent. 4, ch. 56, p. 437 : La confession faite par un créancier d'avoir été payé libère le débiteur, bien que ce créancier ait encore entre ses mains la reconnaissance de dette et n'ait point donné quittance. Arrêt de Paris, 17 décembre 1654.

« volontiers on dépose des gages » (13). Et Loyseau déclare aussi que pour cette raison, on appelle parfois la gageure « misaille » (14). La consignation d'un objet ou d'une somme d'argent est donc théoriquement nécessaire ; si elle n'intervient pas, on ne pourra agir devant la justice contentieuse. Cependant les auteurs reconnaissent que pratiquement on peut se dispenser de faire le dépôt ; comme l'écrit d'Espeisses, citant Loyseau : « Il convient que le hasard de la condition sert de cause à ces gageures, pourvu qu'elles ne soient pas faites pour une cause deshonnête, n'y ayant rien en ce cas qui soit contre les bonnes mœurs et qui empêche que la promesse et la foi ne doive être entretenue (15) ». Ainsi la conception de nos anciens auteurs, voit dans la gageure un échange de promesses réciproques ; et l'équité oblige à tenir ses promesses. C'est la même conception que soutient Expilly, et c'est grâce à elle qu'il trouve un argument décisif en faveur des gageures, car, si celles-ci étaient prohibées, « *le perdant ferait banqueroute à sa parole* (16) ».

Dès lors les auteurs nous rapportent quelques exemples de gageures valables. *Automne*, et après lui d'Espeisses qui le cite, expose dans ses détails le cas de

(13) Expilly : Plaidoyez, 1619, plaid. 4, p. 40 et ss.

(14) Loyseau : Traité du déguerpissement, 1597, livre IV, ch. 3, n° 13.

(15) Antoine d'Espeisses, avocat et jurisconsulte de Montpellier. Œuvres, nouvelle édition, Lyon 1750, par Maître Guy du Rousseaud de la Combe. Tome 1, 1^{re} partie, titre 10, p. 264.

(16) Claude Expilly, plaid. 4. Si les gageures sont permises, disait-on, tout le monde en fera, et l'intérêt public en souffrira, car plusieurs se ruineront. « Pour le regard de l'intérêt public, répond Expilly p. 49, et de la conséquence, nous disons qu'il importe que telles gageures aient lieu : car, autrement il arriverait, si la cause estoit honneste, que le perdant feroit banqueroute à sa parole, se départant de sa promesse et convention et serait un chemin ouvert pour aller à l'effronterie et à la perfidie. »

deux Xaintongeois qui, « estans près d'un étang font gageure, et l'un promet à l'autre un tonneau de vin bon et marchand, s'il voulait aller à nage dans l'estang, jusqu'à un buisson qui estoit en certain endroit de l'estang ». Le nageur réussit, malgré le froid qui lui a glacé le cœur, car c'était en mars, et le perdant est condamné par un arrêt de mars 1609, rendu au parlement de Bordeaux, à remettre au gagnant, Briesac, le tonneau de vin promis (17). La consignation, dans cette hypothèse, n'avait pas été effectuée (18), et Catellan et Lange rapportent d'autres arrêts où il en est encore ainsi (19).

Par contre, une gageure serait radicalement nulle si elle était contre les bonnes mœurs, si elle avait une cause immorale ; les auteurs le proclament tous (20). *D'Espeisses* donne encore une autre raison qui pourrait faire annuler les gageures, c'est à savoir si elles sont trop fortes et disproportionnées à la fortune de celui qui promet : « car ceux qui font de fortes gageures sur des faits incertains doivent être considérés comme *insensés* ; et s'il y a assurance d'un côté, celui qui l'a est

(17) Bernard d'Automne : La conférence du droit françois avec le droit romain, tome 1, ad legem 5ff. de præscriptis verbis. d'Espeisses, tome 1, titre 10, p. 264. Il cite aussi deux arrêts, rapportés par Boniface, tome 1, liv. 8, tit. 23, ch. 1, du parlement d'Aix (16 février 1662) et de la Cour des Aydes (27 janvier 1666) par lesquels des gageures ont été jugées licites.

(18) Ferrière : Dictionnaire de droit au mot gageure, p. 742. Il explique cette non-nécessité du dépôt, en citant cet arrêt, parce qu'il s'agit « de l'adresse ou de la force du corps ».

(19) Catellan : Arrests remarquables du parlement de Toulouse, 1723, tome II, l. 5, ch. 61 des Gageures, p. 350. Un curé trop attentif au paiement de la dîme qui lui revient va lui-même dans les champs du paysan pour prendre le nombre de gerbes auquel il a droit ; le paysan les compte, le curé aussi ; ils ne sont plus d'accord sur le nombre ; le curé parie sa dîme et perd ; l'arrêt est de 1668. Lange : Nouvelle pratique civile criminelle et bénéficiale, tome 1, liv. 3, ch. 18, p. 303, arrêt du 21 janvier 1615.

(20) Lange, *id.* Expilly, plaid. 4. Loyseau. D'Epeisses, p. 264. Ce serait le cas d'une promesse faite prestre, mort ou marié ; des gageures faites pour raison de femmes grosses.

de mauvaise foi » (21). Ainsi la gageure est un acte qui, facilement, serait entaché d'immoralité ; de plus, celui qui la fait est, pour ainsi dire, pris au mot ; il est trop dangereux d'être engagé par un consentement qui n'a d'autre justification que le bon plaisir, l'humeur d'un instant. Il n'est donc pas permis d'apercevoir dans la gageure, comme une image anticipée du principe de l'autonomie de la volonté — ce qui pourtant serait possible — car d'Espeisses nous enseigne que la loi morale doit imputoyablement la régir.

SECTION II

Le développement de la notion de cause

Il ne suffit point que le consentement soit certain ; il doit être encore sérieux. C'est ce qu'exprimait déjà Bouteiller à propos de la paction par légère volonté (22). Celle-ci est entièrement subordonnée au bon vouloir du débiteur qui peut cesser à tout instant de l'exécuter. Papon lui aussi craint les promesses faites à la légère et qui « *procèdent plutôt d'ostentation que de volonté* » (23). De l'observation de ces propos tenus en riant, la

(21) D'Espeisses, p. 265. La gageure ressemble en effet au jeu ; ce qui explique la sévérité des arrêts. Cf. Albert, arrêt du 27 mars 1642 (Toulouse), p. 201.

(22) Bouteiller : Somme Rural, cité, t. 40, p. 511. « Il advint qu'un homme fit paction à un autre par légère volonté et dit : je vous dourray chacun an dix livres et les paya par un an, ou par deux, et puis ne les voulust plus payer et depuis fut refusant à celuy à qui promises estoient ». Et Bouteiller remarque que cet homme a promis à sa plaisance et sans stipulation de payer 10 livres : « à sa plaisance les peut aussi laisser à payer ».

(23) Papon : Premier notaire, livre 6, p. 391.

loi ne se soucie point ; entière liberté est laissée à l'homme de les observer ou non. Pour que la loi tienne compte des pactions, il est nécessaire qu'elles présentent une garantie, qu'on puisse déceler en elles un élément qui les rend dignes d'être suivies ; cet élément est la cause (24). Dès lors peut-on se dispenser de révéler la cause ou faut-il l'exprimer dans la paction elle-même ? Tout le problème est là.

S'il apparaît dans un acte que chaque partie s'est dépouillée de quelque chose, l'une ayant donné une somme d'argent, l'autre un objet, ce déplacement de valeur justifie assez le lien qui les unit. La cause se présente donc d'abord, sans qu'il soit besoin d'en pousser l'analyse, sous cet aspect ; que signifie-t-il au juste ? est-il suffisant ? N'est-ce pas là une conception trop étroite de la cause ? Voilà les questions à résoudre.

§ 1

LA CAUSE N'EST-ELLE QU'UN DÉPLACEMENT DE VALEUR ?

Un texte de Beaumanoir permet de l'envisager ainsi dans le cas des obligations par lettre, contractées pour

(24) Papon, *id.*, p. 390 « Des simples et nues pactions »... « appelées nues, dit-il parce qu'elles sont faites sans cause », p. 392 : « Est-il raisonnable que sous un légier propos tu puisse avoir mon bien malgré moi ?... Je te diray que je t'ay promis sans cause et sans propos et que tu es toujours comme devant. » Cf. ch. 2, § 2. Rappelons nous aussi ce qu'il est dit précédemment des gageures (cf. d'Espeisses) en ce chapitre sect. 1, § 2 ; la gageure est une promesse valable, mais d'un certain côté, elle est aussi un engagement par plaisance, une sorte de jeu ; celui qui fait de trop fortes gageures est comme insensé, dit d'Espeisses ; alors son engagement doit être nul, pour folle cause, pourrait-on dire.

raison de dette (25) ; la raison du paiement d'une somme d'argent est dans ce cas la prestation d'un objet et c'est bien cela, d'après le texte de Beaumanoir, qui tient lieu de cause.

Ce qu'écrit le grand coutumier de Normandie fait plus de difficulté : « Aulcun n'est estably debteur pour promesse qu'il face, se il n'y eust droite cause de promettre... Aulcun n'est debteur pour promesse, se l'en ne montre cause pourquoy la promesse fut faicte (26) ». Ce texte vise-t-il la cause au sens moderne ? C'est bien improbable car, au XIII^e siècle, la cause est encore trop mêlée aux besoins de la preuve, et on ne peut y voir qu'un *quid pro quo* (27).

Ce qui renforce encore cette opinion, c'est le texte suivant des anciennes coutumes de Haynault (1534), presque fidèlement reproduit, en tous cas avec le même sens, dans la nouvelle rédaction (1619) : « que dorénavant en toutes lettres et obligations qui se feront pour debtes personnelles, les *causes* correspondantes aux *sommes* y

(25) « Quant la lettre est baillié par dete, ele doit dire en ceste manière : « Je, Pierres, de tel lieu, fes savoir... et cetera, que je doi à Jean, de tel lieu, vingt livres de Parisis por la vente d'un cheval qu'il m'a vendu, baillié et délivré et dont je me tieg à païés. » Et se ce sunt autres denrées, il les doit nommer et le nombre des denrées especifier, et le pris et le nombre de l'argent. Car le letre qui dist que je dois deniers et ne fet pas mention de quoi je les doi, est soupechonneuse coze de malice ». On retrouvera un peu plus loin la suite de ce texte, dans Beaumanoir, éd. Beugnot, 1842, ch. 35, n° 22.

(26) Ch. XC de convenant, in. B.d.R., tome 4, p. 36. C'est aussi le texte de la Summa de legibus Normannie in curia laicali (1254-1258) où se trouve sa version en latin (voir Tardif (E) : Coutumiers de Normandie, Paris, 1896, t. II, ch. 90 de pacto) tandis que le Grand Coutumier en donne la version française.

(27) La cause normande n'est pas la cause moderne. Ni Spies, thèse citée p. 155, note 5, ni Chevrier, thèse citée p. 198 n'admettent l'interprétation soutenue par Yver, les contrats dans le très ancien droit normand, Caen, 1926, p. 64-87. La cause de la Summa est bien plutôt comparable à une promesse sous condition suspensive, comme l'écrit Chevrier : « Je vous promets tant si vous me batissez une maison. » C'est celui qui est tenu de bâtir qui est débiteur.

devront être exprimées et éclaircies, dont on pourra poursuivre, s'il y a défaut de la cause accomplir. Et vaudra tel lettrage et sera à tenir contre les obligés et leurs hoirs successeurs jusques à l'accomplissement de la cause : et s'il était trouvé que la somme fut excessive et non correspondante à la cause, l'obligé ne sera contraint ne tenu payer au poursuivant que la valeur de la cause de la dessus dite obligation (28) ». Il résulte bien de ce texte que la cause est la prestation à fournir qui doit être évaluée afin de correspondre exactement à la somme due ; elle s'analyse donc en un déplacement de valeur. C'est cette idée qu'exprimera Papon en termes excellents, à propos des contrats innommés disant qu'ils « produisent obligation à la mesure de ce qu'il y a *traffique*, négociation et commerce actuel entre les dites parties (29) » et Guy Coquille déclare que l'expression de la cause doit être très complète (30). Une façon gé-

(28) Anc. Cout. de Haynault, ch. 93 dans B.d.R., t. 2, p. 1 et ss. Cf. Nouv. Cout., ch. 109, art. 11, B.d.R., t. 2, p. 130 et ss.

(29) Papon, 1^{er} notaire, livre 6 des contrats non nommés. Pour montrer que ce qu'il dit n'est pas seulement la relation de l'état du droit romain il donne un exemple, p. 381 : « Je t'ai promis cent escus, si je suis créé et fait Recteur de l'université de Paris. S'il advient que je le soye tu n'as point d'action contre moi de cette pache, car il n'y a point de cause qui la confirme (ajoutons : parce que c'est un léger propos relevant plus d'ostentation que de volonté). Sera autre chose si tu m'as promis de m'ayder à telle chose, tant de la voix, que la brigue et menée : lors si tu m'as aydé, tu as action à raison de ton faict qui est intervenu, dont procède la négociation actuelle : laquelle faict que ma promesse qui estoit nue, prend et reçoit la force et vertu de contrat obligatoire ». On saisit dans ce texte le passage de la notion de prestation fournie (service rendu) à la notion de but ; certes la raison de la dette du nouveau recteur de l'université de Paris est bien la voix, brigue et menée de celui qui l'a aydé ; mais la cause pour laquelle il s'engageait dans les liens du contrat, c'était le but d'atteindre cette dignité. Le but apparaît donc derrière et au delà du *traffique* ; il faut en tenir compte ; c'est ce qu'on montrera plus loin au § 3.

(30) Coquille : Questions et réponses sur les Coustumes de France, qu. 308, p. 876 : « Ce n'est pas assez de dire que tel confesse devoir à tel pour cause de compte et accord fait de plusieurs affaires, qu'ils ont eu ensemble, mais se doit dire telle somme, pour argent presté ou tant de bled vendu en tel temps ».

nérale de parler « couvre et sert de voile à toutes les fraudes », dit-il, et la demande des créanciers à se faire payer « n'est pas fondée valablement par telles confessions générales ne contenans description particulière ».

*
**

Est-ce à dire que le billet qui n'exprime pas sa cause n'est pas valable ? Beaumanoir lui-même n'allait pas jusque là et disait qu'en ce cas le juge devait rechercher si elle existait (31). Il y a, en effet, dans cette matière de la cause considérée comme un déplacement de valeur, des cas où elle est présumée. C'est ce que nous dit Bouchel, après avoir posé le principe que « Lettres obligatoires sans expression de cause de pret, vente, dépôt ou autres ne sont exécutoires et sont nulles ». Le juge « peut néanmoins sur la dette ouïr les parties sur la raison de ladite obligation. Ainsi fut jugé par Arrêt de Paris du 13 février 1511 (32) ». Cependant on prend quelquefois les causes selon « les qualités du créancier et débiteur. Comme si un écolier confesse devoir et promet payer à un Principal de collège ou recteur d'école, un malade à un médecin, un homme de guerre à un armurier, etc..., les causes se prennent notoirement comme si elles étaient écrites. Et ainsi fut jugé par arrêt de Paris, le 2 décembre 1544 (33) ». Un autre arrêt intéressant en cette

(31) Suite du texte cité note 25, d'après Beugnot 35-22 : « et quant tele letre (souponneuse de malice) vient en cort, si doit savoir le juge le coze dont tele dete vint, avant qu'il le face paier. »

(32) Cf. Beaumanoir, note précédente. Papon, Recueil d'arrêts, livre X, t. 2, p. 560 dit la même chose et rapporte le même arrêt. Cf. Automne, *infra*, § 2, note 37.

(33) Bouchel, cité, Tome II au mot Obligation, p. 835. Cf. Brillou : Dictionnaire des Arrêts, 1727, tome IV, au mot obligation, p. 656 et suiv. et tome III, p. 27, au mot écolier : arrêt de Tournay, 16-2-1699 et Papon (note précédente). Cf. aussi Bouvot ; Nouveau recueil des Ar-

matière est celui du 29 juillet 1706, dont l'analyse est donnée en note (34).

Il faut remarquer pour finir qu'une plus grande sévérité est de mise en matière commerciale (35).

On remarque donc qu'en cette matière de la cause « déplacement de valeur » les auteurs volontiers exigeraient toujours qu'elle soit exprimée. Mais retenons seulement les mots « *Je confesse devoir et promets payer* »

rêts de Bourgogne, tome 2, p. 977 au mot *Schedule* qu. 3 : « Si la *schedule* estant signée, quoy qu'escripte de la main d'un autre, emporte provision après la recognoissance et s'il suffit qu'il soit dit : confesse devoir à un tel hoste, encores qu'il n'y ait autre cause - A esté répondu qu'ouy ; d'autant que la cause estoit tacitement entendue pour avoir fait la *schedule* à un hoste au logis duquel il estoit logé, ainsi pour la dépense faite au logis de son vivre. Jugé par Arrest du 30 février 1611 ». Mais pour Bouvot aussi, à moins de présomption, la cédule qui ne contient la cause est nulle.

(34) *Journal des Audiences*, tome V, livre 6, c. 28, p. 649. Contestation entre Messire Pierre de Montesquion, Curateur à la démenche de Jean Royer, marquis de Foix appelant d'une sentence des Requêtes de l'Hôtel du 6 mai 1695 et Messire Joseph, marquis de Saintrailles, intimé. Le marquis de Foix né en 1667, va à l'Armée (aide-major de M. le maréchal de Duras) et y fait, encore mineur, un billet ainsi conçu : « Je reconnais devoir et promets payer à M. de Saintrailles 150 louis d'or que je lui dois, au mois de janvier prochain » Saintrailles veut être payé ; le curateur obtient des lettres de rescission, mais l'arrêt de 1695 le déboute de ses lettres (donc avait reconnu la validité de cette cédule sans cause exprimée) mais il fait appel et réussit par l'arrêt du 29 juillet 1706. Mais ce n'est pas en soutenant le manque de cause, qu'il invoquait comme premier moyen, car sur ce point la cédule était valable (voir le § suivant, note 45).

L'arrêt fut cassé parce que le marquis de Foix, avait fait la cédule étant mineur, que pour cette raison, la présomption de cause ne pouvait jouer (pourtant les parties étaient toutes deux hommes de guerre), car le mineur est bien réputé majeur pour le fait de la milice, mais alors, à une condition essentielle c'est de prouver que la promesse concerne la milice ; or une telle preuve n'était pas faite, la cause n'étant point exprimée.

(35) Papon, premier Notaire, liv. 6, p. 395 « Entre marchans la simple parole et nue paction produit action ». Cf. Guyot, cité, tome 14 au mot *Promesse*, p. 3 et s. qui cite la déclaration du 22 septembre 1733 portant qu'un billet doit être au moins approuvé et signé de la main même du débiteur, lorsqu'il est causé pour valeur en argent ; cette déclaration excepte néanmoins « les promesses faites par des banquiers, négocians, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs, vigneron, manouvriers et autres de pareille qualité. »

qui sont, on l'a vu, les termes habituels des cédules ; nous allons les retrouver dans la question suivante (36).

§ 2

DÉFAUT DE CAUSE EXPRIMÉE

L'exigence de certains auteurs, telle qu'on la relevée au paragraphe précédent à propos de l'expression, parfois même détaillée, de la cause dans les actes, semblerait conduire à une nullité radicale du billet non causé. Il n'en est rien pourtant et la jurisprudence en a maintes fois affirmé la validité.

Quelques auteurs cependant, tels qu'Automne et Ferrière déclarent volontiers la cédule sans cause, nulle (37). Pour Ferrière l'expression de la cause dans un acte

(36) On ne peut terminer ce paragraphe sans rappeler pour mémoire l'exception non numeratæ pecuniæ ; elle était en effet directement une conséquence de la cause considérée comme un déplacement de valeur ; on connaît son utilité en droit romain en faveur du débiteur engagé par stipulation. Sa suppression indique l'abandon de cette conception trop étroite de la cause, conception qui désormais va s'intégrer dans celle de but, car il est bien évident que le but visible d'un contractant est d'obtenir la prestation que son co-contractant lui doit. Les coutumes en effet affirment que l'exception de deniers non nombrés n'a lieu : art. 444 des Nouvelles coutumes du Baillage et prévôté d'Orléans (1583) in B.d.R., t. 3, p. 775. Article 36, chapitre IV : des Exceptions, des Coutumes générales du pays et duché de Bourbonnois (1521) in. B.d.R., t. 3, p. 1.193 et ss.

(37) Pour le premier de ces auteurs, « Obligation ou promesse sans cause spécifiée en icelle est nulle, comme par exemple je promets à Titius 100 escus que je lui dois, sans exprimer ny dire pourquoy. » Dans le cas de lettres obligatoires sans cause, s'il y a opposition à l'exécution, le juge doit sur le champ tout déclarer nul sans adjuger aucune provision. Il peut toutefois ouyr les parties. Cette restriction est importante, car nous sommes alors ramenés au point examiné ci-dessus, à savoir qu'en cas de cause non exprimée sa recherche est possible ; Et Automne déclare qu'il a été jugé ainsi à Paris le 13 février 1511 ; ouvrage cité, tome 1, p. 51 et 649 ; voir aussi tome 2, p. 173,

paraît être une condition nécessaire. Il reconnaît toutefois que le défaut d'expression de cause n'empêche pas qu'une présomption de dette pèse sur celui qui s'est déclaré obligé (38). Il citait en faveur de cette thèse un arrêt de règlement de 1650 (39). Mais, ajoute-t-il, aujourd'hui la jurisprudence est changée. Elle l'est en effet, et même avant cette date, la validité de l'obligation sans cause spécifiée était soutenue.

Automne nous fait part d'un fait personnel et de la croyance qu'il avait vraiment qu'une cédule sans cause était nulle (40) mais il est déprompé par un grand personnage de Bordeaux, « qui excelle en prudence et jugement..., le timon de notre science civile » et nous rap-

(38) « Il est bien vrai que celui qui aura fait l'obligation ou la promesse sans en exprimer la cause est présumé devoir ; ou du moins s'il ne devait rien, il est censé avoir eu intention de donner... Il y a même un arrêt du 16 mai 1664 qui a jugé valable une obligation dont la cause n'était point exprimée » dans le Dictionnaire au mot Obligation, p. 302. Ces présomptions qu'indique Ferrière nous prouvent nettement qu'on suppose, jusqu'à preuve de contraire, que l'engagement a une cause finale : éteindre une dette, ou intention libérale.

(39) Cet arrêt du 16 mai 1650 est cité aussi par Jovet, cité, p. 256 et se trouve au Journal des Audiences, t. 1, l. 6, ch. 8, p. 467, et dans Brodeau, Coutume de la prévôté de Paris, 1669, tome II sur l'art. 107, p. 131. Mais il faut remarquer que ce règlement vise une hypothèse particulière, celle où, dans la promesse, le nom du créancier est en blanc. Telle promesse est déclarée nulle par l'art. 147 de l'ordonnance du mois de Janvier 1629, non vérifiée en la Cour, ajoute Brodeau. Par le règlement de 1650 la Cour fait défense à tous banquiers, courtiers de change, de faire promesse en blanc ; mais voici ce qu'ajoute Brodeau et qui nous prouve qu'il ne faut pas donner à cet arrêt une portée générale : « Malgré ces nombreuses défenses les promesses en blanc sont en usage comme auparavant, surtout entre marchands... » et p. 132 : « Et, s'il n'y avoit point de preuves ou violentes présomptions de jeu ou débauche, usure et autre vice semblable en la promesse passée par des personnes de cette qualité et majeurs, il semble que le débiteur ne serait pas bien fondé de la soutenir nulle sous prétexte que le nom du créancier seroit en blanc. »

(40) Automne, cité, t. 2, p. 162 « En l'an 1596 un grand seigneur me devant la somme de 60 escus m'en paye vingt et pour les 40 escus restans me fait une cédule en ces termes : il est dû au sieur Automne la somme de 40 escus laquelle on lui promet payer sur l'affirme de N. Je me retire avec cette cédule croyant qu'elle fut nulle. »

porte ce que ce magistrat lui a dit : « que celui qui avoit fait cette cédule estoit tenu de payer la somme contenue en icelle, parce que son seing montrait qu'il devait ladite somme, et l'avait conçue en ces termes pour ne payer qu'à sa commodité : or selon nos mœurs vraiment franches et Françoises, celui qui dit, vous serez payé, faut qu'il me paye ou face payer, car je m'asseure et fie en sa parole, autrement ce serait une chose contre tout droit et raison, et que vostre dol et fraude vous profite et que ma bonne foy me soit dommageable. »

De nombreux arrêts viennent confirmer la validité de la promesse non causée et, en en citant plusieurs nous verrons que notre ancienne jurisprudence ne s'est jamais démentie. C'est d'abord à Charondas le Caron qu'il faut s'adresser : « par l'arrêt en l'audience du 12 janvier 1567 que j'ay ouy prononcer, le débiteur d'une cédule contenant confessio et promesse de payer a été condamné à garnir par provision : parce qu'au principal il alleguoit des faits et avoit obtenu lettres royaux pour faire casser la cédule ; car la recognoissance de devoir emporte une cause de prest, jointe avec la promesse de payer qui tient de la stipulation (41) ». Et Charondas cite encore un autre arrêt du 4 février 1582. Ce faisant il contestait un autre arrêt du 18 mars 1586 qui aurait déclaré nulle une cédule sans cause (42) et lui opposait

(41) Charondas le Caron : Coutume de Paris sur l'art. 107, p. 105 dans ses Œuvres, 1687, t. 2. Voici la suite du texte : « Il me ressouvient que semblable cause se présentant à l'audience de la Cour, feu M. de Thou, premier président tenant icelle le 4 février 1582, pour une cédule faite par un gentilhomme qui contenait ces mots : *« Je confesse devoir 100 escus »* à celui qui est dénommé en ladite cédule sans autre cause et promesse, dit qu'il ne se falloît arrester aux subtilitez du droit romain mais considérer la qualité et manière d'user des personnes qui faisaient telles cédules ».

(42) A la suite de Charondas, Maynard, cité, t. 2, l. 7, ch. 66 et Soefve, cité, tome 2, cent. 1, ch. 96 mentionnent les mêmes arrêts. Soefve remarquait même que l'arrêt du 18 mars 1586, dans le sens

une autre jurisprudence, celle qui devait triompher, et s'affirme notamment dans plusieurs arrêts suivants.

Le premier, de février 1574 est rapporté par Maynard (43).

Ensuite, on peut citer les arrêts de Paris du 4 mars 1659, 16 mai 1664 et 29 juillet 1706, rendu sur appel d'une sentence du 6 mai 1695. Celui de 1659 est intéressant car le débiteur faisait valoir l'ordonnance de Charles IX de 1556, qui défendait tous les jeux, disant qu'une promesse sans cause devait être réputée en avoir une illégitime, telle que jeu, usure... Mais la Cour n'admit pas ce raisonnement et sanctionna la promesse en s'appuyant sur les mots « *je confesse devoir* » (44) ; et tous les arrêts aussi invoquent cet argument que lorsqu'il y a promesse elle fait supposer la stipulation ; argument de peu de valeur mais qui fait tout de même passer l'ancienne force de la parole sacramentelle dans la promesse ; c'est une survie de la stipulation à elle-même (45) ; il faut

de la non validité avait jugé conformément au droit romain, car Ulpien dit qu'on peut opposer l'exception de dol à la promesse non causée, et à la disposition canonique si cautio (c. 14, X, 2-22 de fide instrumentorum) d'après laquelle en cas de cause non exprimée c'est au créancier à prouver la dette, mais Soefve cite aussitôt un arrêt du siècle suivant 4 mars 1659 que nous verrons bientôt. Cf. Brillou cité, tome 4, p. 657.

(43) T. 2, l. 7, ch. 66. Il rappelle aussi Ulpien mais dit qu'il ne faut pas s'arrêter aux subtilités du droit romain ; et considérer la manière d'user de personnes qui font de telles cédules « principalement entre gentilshommes auxquels les armes étoient plus séantes que les formules et conceptions accoutumées des actes de droit étroit et de bonne foi ». Cet arrêt fut rendu au parlement de Toulouse.

(44) Ces trois arrêts sont au J. des Audiences, T. 1, l. 10, ch. 10 ; T. 2, l. 3, ch. 31 et T. 5, l. 6, ch. 28.

(45) Le dernier des trois arrêts cités note précédente est celui du marquis de Foix dont il a déjà été parler en cette section, § 1, note 34. Le moyen fondé sur le défaut de cause exprimée pour faire casser la sentence de 1695 a été repoussé ; et M^e Nicolas Nupied, le rédacteur du J. des A. au tome 5 affirme toujours que « dès qu'il y a promesse on suppose l'interrogation, donc la stipulation ». La jurisprudence ne varie donc point ; elle use toujours de ses mêmes arguments traditionnels ; il y a là quand même quelque chose de curieux, de merveilleux peut-être, et qui montre bien l'évolution où l'on est arrivé ;

avouer que la raison tirée « *de nos mœurs vraiment franches et Françaises* » est d'une inspiration beaucoup plus séduisante.

§ 3

LA CAUSE-BUT

D'APRÈS LA JURISPRUDENCE DE L'ANCIEN DROIT

La matière des libéralités est celle où l'investigation du juge est la plus étendue quand il s'agit d'analyser le consentement du donateur, c'est-à-dire de rechercher les motifs qui l'ont provoqué ou le but qui le justifie. Cette recherche serait totalement exclue si l'on considérait uniquement l'*animus donandi*, intention toujours louable et jamais illicite en elle-même ; mais la plupart des donations sont accompagnées d'une condition, d'une charge et le donateur lui-même exprime plus ou moins clairement la raison de son dépouillement ; dès lors la recherche de son intention profonde par le juge se justifie aisément ; elle est nécessaire lorsqu'une contestation s'élève, car c'est de sa connaissance que va dépendre la validité de l'acte libéral. On connaît sur ce point la très intéressante jurisprudence de notre droit moderne ; il faut ici rechercher si elle ne plonge pas ses racines dans notre ancien droit. Essayer ainsi de

c'est par la stipulation qu'on justifie la validité du pacte le plus nu de tous, ou tout au moins qui se présente comme tel puisqu'il ne contient pas sa cause : une preuve de plus que de la stipulation, il ne reste que le nom. Cf. Laurière (1659-1728) sur les I. C. de Loysel et sa fameuse maxime. Il dit plus justement que la simple promesse chez nous, vaut plus que la stipulation parce que même non causée, elle est bonne tandis que le droit romain connaissait l'exception de dol.

découvrir l'intention du donateur, c'est en réalité vouloir connaître la véritable cause de la libéralité et, selon que cette analyse est ou non laissée à la sagacité du juge, le contenu de la notion de cause s'en trouve, on le conçoit, singulièrement différent : il s'agit de le déterminer.

La première hypothèse que nous rencontrons, celle qui soulève le moins de difficultés, est celle de la donation rémunératoire. Elle a lieu en vue de récompenser des services rendus par le donataire au donateur et, dans ce cas, le but poursuivi apparaît des plus louables et une donation ainsi causée doit produire effet.

Nos anciens auteurs en rapportent plusieurs exemples.

Maynard cite un arrêt de Bordeaux du 2 juin 1571 et un autre du 23 janvier 1582 (46). Il en est aussi un autre plus intéressant encore du parlement de Paris du 5 mai 1626 : ce jour-là, il fut jugé « qu'une lettre missive d'un particulier portant déclaration de beaucoup de bienfaits, services et courtoisies qu'il avoit reçus de son ami, et qu'en reconnaissance, il l'assisteroit toute sa vie, et les siens, et qu'il donnait à ses enfants qui estoient au nombre de trois la somme de 600 livres chacun qui faisoient 1800 livres et qu'au cas qu'il ne les baillat pas lui-même qu'il voulait qu'elle leur fust délivrée par ses héritiers, pour leur faire apprendre métier, cette lettre confirmée depuis par trois autres subséquen-

(46) Géraud de Maynard, cité, Livre IV, ch. 12, p. 434 et l. VI, ch. 61, p. 904. Le premier arrêt fut rendu contre la dame de Lustrac, veuve d'un maréchal de France, remariée au sieur de Caumont et qui avait donné 6.000 livres à sa fille de chambre. Le second arrêt confirme, malgré la survenance d'enfant, une donation faite par contrat de mariage avec rétention d'usufruit, par un oncle à son neveu et mentionnant quelques services rendus par le donataire. La seule raison qu'en donne Maynard est que « la donation causée pour services fut regardée à titre onéreux ». « Lorsque ces services équipollent aux choses données et qu'ils sont constants et prouvés c'est moins une donation qu'une récompense que la reconnaissance exige. »

tes, étoit obligatoire et une espèce de donation rémunératoire (47) ». Une telle donation présente les caractères suivants : elle n'est irrévocable qu'à concurrence des services (48) ; elle doit faire mention des bienfaits et ceux-ci doivent être prouvés ; elle ne devient pas caduque par la survenance d'enfant au donateur.

Reprenons avec quelques détails ces deux dernières particularités. Les énonciations générales de services rendus ne suffisent pas car « elles sont plutôt du style des donataires, pour donner plus de couleur aux donations, que pour la vérité (49) ». Il faut donc que le donataire puisse faire la preuve des services qu'il a rendus, à moins que le donateur ne l'en dispense (50).

(47) Journal des principales Audiences par M^e Jean du Fresne, T. 1, l. 1, ch. 104. Dans cet arrêt, la donation étoit sérieusement contestée par les héritiers du donateur. Elle ne pouvoit être considérée entre vifs car on ne peut donner per nudam Epistolam que si la tradition intervient par la suite et le donateur ne s'étoit jamais désaisi de ses biens ; cf. l. Lucius Titius, de donationibus. D. 39-5-32. Si on la considérait à cause de mort, elle devoit aussi être déclarée nulle, car en pays de coutume on ne connoît pas la possibilité de faire des fideicommissis ab intestat ; au contraire beaucoup de coutumes exigent pour la donation à cause de mort la forme des testaments (voir le Journal du Palais par Maîtres Claude Blondeau et Gabriel Guéret, 1755, tome I, où il est rapporté un arrêt de Paris, du 18 février 1668, déclarant nulle la donation à cause de mort qui n'est point revêtue de la forme des testaments). Malgré ces arguments la donation rémunératoire contenue en la lettre missive fut validée pour trois raisons, et non des meilleures ; la vérité est que cette donation justement causée devoit être accomplie, mais il falloit lui trouver l'appui de quelques textes : et l'on invoqua que la lettre missive n'étoit point tant une donation, que le fideicommissis ab intestat étoit valable (Institutes de Justinien, de fideicommissariis hereditatibus II-23), que la promesse contenue en la lettre étoit légitime et que dès lors, la stipulation est présumée (Code VIII-37-1), autant de mauvaises raisons, on le voit, pour arriver à une juste solution. De cet arrêt, il faut rapprocher celui de Toulouse du 22 février 1616 rapporté par Albert, p. 138, art. 14 et par lequel un billet fait par le sieur Garric, peu après décédé, par lequel il laissoit quelques meubles à X, fut déclaré nul ; il en auroit été autrement, nous dit Albert, si le billet avoit exprimé « de grands services que le donataire peut justifier ».

(48) Maynard, sur les deux arrêts précités.

(49) Maynard, l. 6, ch. 61, p. 904 et ss.

(50) Brillon, Dictionnaire des Arrêts, 1727, tome II, p. 801. Cf. Papon en son Recueil d'Arrêts, l. 11, t. 1, n^o 14, p. 302 : « en donations

Mais cette preuve sera facile, surtout si un lien de parenté unit déjà les deux parties au contrat (51).

Pour ce qui est, au contraire, de la survenance d'enfant au donateur, la question est plus délicate et la solution qui consiste à dire qu'elle ne rend point caduque la libéralité ne peut s'expliquer que par l'importance particulière du service rendu, le devoir de reconnaissance incombant alors autant aux enfants du donateur qu'à lui-même (52). Il ne faudrait pas, en effet,

licites et non réprouvées, preuve de tels mérites n'est requise ; ainsi fut jugé par arrêt de Grenoble de décembre 1455 ». D'Argentré sur l'article 228 de l'ancienne coutume de Bretagne disait déjà que « la cause (de la donation) peut fort bien exister sans considération d'aucun principe d'affection. On peut donc récompenser les services ». Cette citation est tirée de la traduction abrégée du Commentaire de d'Argentré sur l'ancienne coutume, art. 228, par Poullain de Belair dans Poullain du Parc, Coutumes générales du pais et duché de Bretagne, tome 1, titre 12, art. 217 de la coutume réformée en 1580. Cette article exigeait pour les donations entre parents une « cause raisonnable » ; c'est ce qui explique qu'il soit dit en note sur cet article, en traduisant d'Argentré qu'aucun lien de parenté n'est nécessaire pour donner et que la « cause raisonnable » est la principale chose requise.

(51) Cf. selon Bardet, cité, tome 1, liv. 3, ch. 39, p. 269, un arrêt du 2 avril 1629, reconnaissant la validité d'une donation olographe de Bussy Guibert au président Séguier, ainsi conçue : « Je soussigné de Bussy Guibert confesse avoir donné et donne par ces présentes à M. le président Séguier, mon beau-frère, la somme de 36.000 livres à prendre sur mes meubles et immeubles, payable après mon décès au cas que je n'ai point d'enfans ; et ce pour les bons offices et amitiés que j'ai reçus dudit sieur président. En foy de quoi j'ai signé huy 4 août 1586 ». Et Séguier signe à son tour déclarant accepter. Les services rendus, dans ce cas, on le voit, étaient très vaguement définis et se réduisaient à de simples amitiés ; aussi Bussy Guibert stipule-t-il que la donation ne sera pas valable s'il a des enfants. Nous voyons néanmoins où réside la véritable cause de l'acte libéral et cette constatation n'est point anéantie par la remarque que fait ailleurs Bardet, tome 1, livre 4, ch. 3, qu'aujourd'hui semblable donation olographe ne serait point valable, la forme sous seing privé étant proscrite par l'ordonnance de février 1731, tandis qu'il cite un arrêt du 16 janvier 1631 la reconnaissant encore pour valable.

(52) Maynard, liv. 9, ch. 8, p. 346, nous rapporte à ce sujet un arrêt en oubliant, malheureusement, d'en citer la date ; il s'agissait d'une donation faite par Pierre de Meymont, sieur de la Forêt, à Pierre Laygrou, qui, au cours d'une bataille, lui avait sauvé la vie. Le donateur se marie plus tard et a des enfants, la donation n'est point révoquée : sauver la vie est en effet un service inestimable et les enfants du Sieur de la Forêt devaient en être reconnaissants à Lay-

tenir trop grand compte de cet argument qui prétend que la donation rémunératoire participe des actes à titre onéreux ; sur ce point, Prévot de la Jannès a établi la distinction de manière excellente (53). Quoiqu'il en soit, on voit que, dans l'hypothèse étudiée, la véritable cause de la donation est une intention légitime de bienfaisance qu'il est relativement facile de prouver.



Au contraire, il est quelquefois beaucoup plus délicat, d'établir la véritable intention du donateur, mais notre ancienne jurisprudence n'a jamais hésité à la rechercher. Ce faisant elle est forcément amenée à établir une discrimination entre les raisons qui ont influencé le donateur. Le simple motif, qualifié de cause impulsive — et cela nous révèle déjà une grande précision dans la terminologie qui exprime les différents degrés de la cause selon leur importance — n'est pas pris en considération, ainsi que nous le prouve un arrêt du 18 avril 1640 rapporté par Auzanet (54) ; si la cause impulsive vient

grou, tout autant que leur père. « Auparavant, écrit Maynard par Arrêt de Bordeaux du 28 avril 1599, une donation entre vifs pour bienfaits et agréables services avoit été cassée par la survenance des enfans ». Tout dépend donc de l'importance du service rendu. Voir aussi Lhommeau, *Maximes générales du droit français*, 1665, page 274 : « Toute donation se révoque ipso jure ex supervenientia liberorum, fors la donation rémunératoire... parce que ce n'est pas vere et proprie donatio, sed beneficii accepti compensatio quædam, et quasi debiti solutio ».

(53) Ouvrage cité tome II, titre 9, n° 435, p. 168 : « Si les services sont estimables à prix d'argent et tels que le donataire puisse avoir action en justice pour en être payé, ce n'est plus une donation que de nom, c'est le payement d'une dette. Mais si ces services étoient de nature à n'être payés que par l'hommage libre et noble de la reconnaissance, la récompense qu'en fait le donateur est une vraie donation ». Cf. Domat, L. 1, t. 10, n. 5.

(54) Auzanet, *Œuvres*, p. 214, sur l'article 272 de la coutume de Paris : « La donation acceptée est irrévocable encore que dans icelle,

à cesser, on ne peut s'en prévaloir pour demander la révocation de la donation. Au contraire il n'en est pas de même de la cause finale ; il faut donc soigneusement les distinguer, ce qui peut être difficile.

« La cause impulsive et la cause finale ont tant de rapport qu'il est aisé quelquefois de les confondre. Il est cependant nécessaire de les distinguer par la diversité des décisions qui en dépendent... *Elles sont diverses selon que les vues que le donateur a témoigné qu'il avait en donnant, paroissent être l'une ou l'autre de ces deux causes.* Ces vues considérées comme cause finale, sans laquelle le donateur n'eut point donné, apposent à la donation une condition du moins imparfaite qui, si elle ne suspend pas l'effet de la donation oblige le donataire à remplir ces vues et, faute de les remplir, à rendre et délaissier les choses données ; c'est alors une donation appelée *sub modo* ; mais si ces vues ne sont qu'une cause impulsive, alors simples motifs, elles laissent la donation absolue et indépendante à cet égard de tout événement et de toute charge. » Ainsi s'exprime Catellan en rapportant *un arrêt de Toulouse du 19 janvier 1646* qu'il est intéressant d'analyser ; pour cela, il est encore préférable de citer le texte de Catellan : « Un riche vieillard nommé *Plagnes*, voulant mettre à profit, pour l'autre monde, ce qu'il devait bientôt quitter, crût avoir trouvé l'occasion de faire une bonne œuvre dans la rencontre d'un pauvre jeune homme de bonne volonté pour être Prestre, qui lui parut avoir tout ce qu'il faut pour l'être, hors un titre clérical ; il lui fait une

il soit porté qu'elle a été faite pour soulager le donataire depuis parvenu à meilleure fortune, comme n'étant qu'une cause impulsive, le défaut de laquelle n'annule pas la disposition. Jugé par Arrêt du 18 avril 1640, en l'audience de la grand'Chambre ». Brillon, tome II, p. 749, cite textuellement ce passage d'Auzanet.

donation dont voici les termes : « étant assuré du dessein que Vergnes (c'était le nom du jeune homme) a de se faire prêtre, ledit Plagnes lui donne par donation pure et irrévocable les biens y mentionnez, pour en jouir dès à présent et en disposer à ses plaisirs et volentez tant en la vie qu'en la mort. » Cette donation est ensuite publiée dans l'Eglise comme un titre clérical puis le donateur meurt ab intestat étant toujours resté en possession des biens donnés ; procès entre son héritier et le donataire « qui n'était pas encore prêtre ni tout à fait dans la voye ». Il fut jugé qu'il n'y avait dans les vues du donateur autre chose que de favoriser la prétrise, par suite cette cause était unique, « on devait s'arrêter à celle-là et la regarder comme *cause finale, nécessairement finale puisqu'elle étoit seule* (55) ».

Le parlement de Toulouse maintint cette jurisprudence dans un arrêt moins ancien du 8 mars 1666 (56) et Le Vest citant un arrêt plus ancien (4 juin 1579) du parlement de Paris, nous apprend que le donateur peut

(55) Catellan, tome II, liv. 5, ch. 64, p. 356. L'héritier a donc eu gain de cause et en conséquence, la cour a imposé à Vergnes l'obligation de se faire prêtre dans le délai de 3 ans, autrement il ne conserverait pas le bénéfice de la donation, tandis qu'il aurait gardé les biens sans condition si le désir qu'il avait manifesté de devenir prêtre n'avait pas été reconnu comme ayant déterminé la libéralité faite par Plagnes à son profit.

(56) Albert, page 137, art. 13. Un oncle, le sieur de Lasus a donné à son neveu, du même nom, une charge de Conseiller au Sénéchal de Toulouse, en intention qu'il épouserait sa cousine germaine. Et l'oncle avait fait venir de Rome la dispense nécessaire ; cela prouvait-il que l'intention de ce mariage était bien la cause finale de la donation ? La question devait être tranchée car le neveu tient l'office pendant dix ans puis se fait prêtre. L'oncle demande alors le remboursement de la valeur de l'office disant qu'il a laissé jouir son neveu non par animo donandi, mais animo credenti, dans l'espoir que le mariage qu'il envisageait se produirait un jour ; au contraire le neveu disait que le donataire avait agi par tendresse pour lui ; le problème de la cause était encore posé et l'oncle fut finalement débouté ; la donation fut considérée comme un simple bienfait, déjà accompli et, dit Albert, « *bénéficia cum dantur, non repetuntur* ».

imposer au donataire la condition de porter son nom et ses armes (57).

**

Dans les quelques espèces relatées ci-dessus, on se trouvait toujours en présence d'un acte non entaché de nullité et non accompagné d'une clause immorale. Deux nouveaux cas se présentent maintenant.

Une femme mariée emprunte mille livres sans le consentement de son mari ; elle fait son testament dans lequel elle reconnaît sa dette, testament nul pour avoir été reçu par un notaire hors de son ressort. Le parlement de Paris, Monsieur de Nesmond président, condamna les héritiers à rembourser le créancier, malgré l'obligation de la femme mariée certainement nulle, malgré le testament nul ; une telle décision s'explique uniquement par l'intention de la testatrice, tenue en conscience d'une obligation morale vis-à-vis de son bienfaiteur, de rembourser celui-ci qui avait, au dire de son avocat, maître Doublet, prêté son argent spontanément, par témoignage d'amitié ; la reconnaissance de dette aurait pu résulter d'une simple promesse ou cédule, elle eût été certainement valable, elle doit donc l'être malgré la nullité du testament. Il n'en reste pas moins que la

(57) Le Vest Arrests célèbres du Parlement de Paris, page 1142, Arrest 234. L'espèce de cet arrêt est assez complexe ; le sieur de Bouchavesnes a fait une donation dite entre vifs, mais pendant la maladie dont il mourra, puis un testament. On considéra néanmoins la donation entre vifs. Bouchavesnes avait perdu son fils unique en février 1576 (lui-même devait décéder en août) et désirait beaucoup qu'un autre porta son nom ; dans ce but il s'était occupé de faire une donation de partie de son bien « à Josias son nepveu et fillol, ayant délibéré et arrêté de lui faire porter son nom et ses armes », et avait dressé un contrat en cette forme ; son intention était certaine et la donation fut maintenue avec la charge de porter le nom du donateur.

cause de la dette est uniquement dans l'intention de la testatrice de récompenser un bienfait (58).

Deux marchands ayant longtemps trafiqué ensemble font une cédule et l'un promet de payer à l'autre 60 écus, Prestre, mort ou marié, condition qui s'applique à lui-même ; il meurt, ses héritiers sont assignés en paiement ; la cédule, en première instance fut annulée comme immorale, mais le parlement de Toulouse déclara qu'elle devait être payée car elle avait été faite « volontairement et avec cause » pour compte et règlement des affaires passées entre les deux marchands. La Cour ne s'est donc pas occupée de savoir si l'adjonction de cette condition immorale invalidait la cédule ; elle l'a plutôt considérée comme non écrite, la promesse étant suffisamment causée par les relations d'affaires préexistantes, et le but poursuivi par les contractants étant d'y mettre fin (59).

Notre ancienne jurisprudence, on le voit, connaît donc la cause comme condition de validité de l'obligation ; elle l'analyse en distinguant cause impulsive (motif) et cause finale, mais elle voit dans cette dernière la raison profonde qui justifie et soutient l'intention libérale (arrêt Plagnes), et qui n'est pas autre chose que ce qu'on appelle aujourd'hui cause impulsive et déterminante, motif déterminant : l'emploi de ce dernier adjectif ne lui était point familier, mais, pour elle, comme pour notre jurisprudence actuelle, la cause est le but pour lequel on s'oblige.

(58) Bardet, arrêt de Paris du 10 février 1638, Tome II, liv. 7, ch. 13.

(59) Maynard, tome 2, liv. 7, ch. 67, mais il ne nous donne pas la date de cet arrêt, dans lequel on croirait voir une application de l'article 900 du Code Civil.

SECTION III

La théorie de la cause

Le rapide examen de jurisprudence qui précède démontre l'importance attribuée à la cause comme condition de validité des conventions, plus particulièrement des libéralités ; elle apparaît distincte du consentement et de l'objet, étant plutôt considérée comme la raison d'être du consentement ou comme le but qui devra être atteint lorsque le contrat s'accomplira dans son objet (60). Mais n'est-il pas dangereux de laisser entièrement à l'arbitraire du juge la recherche de l'intention des parties ou du disposant ? En cette matière, on cotoye sans cesse le simple motif dont l'influence est passagère, impulsion qui disparaît aussitôt que reçue, force subite qui agit sur la volonté comme une tentation. Tandis que la cause doit soutenir le contrat dans toute sa durée, ayant présidé à sa formation exister encore lors de son exécution. Pour cette raison ne vaut-il pas mieux définir la cause, qui s'imposera au juge dans chaque espèce de contrat ? Etant donné le caractère de stabilité que la cause doit posséder, cela paraît possible. Cette question forme la matière des deux paragraphes suivants :

§ 1. — *Domat.*

§ 2. — *Prévot de la Jannès.*

(60) Reportons-nous à l'arrêt Plagnes. L'objet du contrat est le transfert gratuit de certains biens ; lorsqu'il se réalisera, le donataire devra être prêtre ou sur le point de le devenir ; cela est la cause de la libéralité, le but qui, atteint, rend la donation parfaite et exige l'accomplissement de son objet et qui, simplement envisagé lors de la formation du contrat, était la raison d'être du consentement.

§ 1

DOMAT

L'auteur distingue avec raison les conventions où rien n'est gratuit et celles où une seule des parties est obligée.

Dans les premières (61), *« l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions mêmes où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre; et l'obligation serait nulle si, dans la vérité, elle était sans cause (62) »*. On le voit, pour ce qui concerne les actes à titre onéreux, Domat ne fait aucune analyse du motif qui peut avoir poussé les contractants à s'obliger ; il se contente de souligner la réciprocité des deux obligations. Cela revient à dire qu'il n'y a plus de distinction à faire entre les contrats nommés et innommés : le nom que l'on donne à certaines conventions n'est que la conséquence de leur usage très fréquent (63). Telle est

(61) Ce sont les trois premières dans la classification suivante de Domat, *Loix Civiles*, livre 1, titre 1, sect. 1, n° 4 : « Ceux qui traitent ensemble : ou se donnent réciproquement une chose pour une autre (vente, échange) ou font quelque chose l'un pour l'autre, ou bien l'un fait et l'autre donne, ou enfin un seul fait ou donne ».

(62) Domat, *id.*, I, 1, 1, n° 5.

(63) Domat, *id.*, I, 1, 1, 7 : « De ces différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d'un usage si fréquent et si connu partout, qu'elles ont un nom propre : comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt, la société et autres ; et il y en a qui n'ont pas de nom propre, comme si une personne donne à quelqu'un une chose à vendre à un certain

bien la pensée de Domat : ce qui nous le prouve indiscutablement, c'est qu'il fait rentrer tous les contrats, et cela est d'ailleurs fort juste, dans l'ancienne classification en quatre points des contrats innommés (64). Mais alors la cause de tout contrat, quel qu'il soit, du moment que les deux parties sont obligées n'est pas autre chose, nécessairement, que la cause des contrats innommés en droit romain, c'est-à-dire une prestation, un fait ou une abstention fournie par l'autre partie, et si l'on veut y voir un but, le but commun aux contractants, on dira que pour chacun d'eux, la cause de son engagement est d'obtenir satisfaction de la part de l'autre (65). Conception juste, certes, celle-là qui consiste à dire que les obligations réciproques des parties se servent mutuellement de cause, mais conception insuffisante, nous semble-t-il, car alors, si nous la transposons maintenant dans l'acte à titre gratuit il faudrait dire, étant donné que ce qui remplace la seconde dette n'est autre que l'accepta-

prix, à condition qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra en avoir de plus. Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou n'aient point de nom, ont toujours leur effet et elles obligent à ce qui est convenu ».

(64) Voir la première note de ce paragraphe, et les trois premières espèces de contrats que signale Domat ; la troisième, en effet, comprend le *do ut facias* et le *facio ut des*.

(65) Domat, *id.*, I, 1, 3, 2 : « En toutes conventions l'engagement de l'un étant le fondement de celui de l'autre, le premier effet de la convention est que chacun des contractans peut obliger l'autre à exécuter son engagement, en exécutant le sien de sa part... ». De cette façon, et cela n'est pas contestable, on explique à merveille l'action en résolution, l'exception *non adimpleti contractus*, mais le même résultat pourrait être obtenu en se basant sur l'enrichissement injuste ou en invoquant l'adage « *Frangenti fidem non est fides servanda* ». La vérité est que la notion de cause dépasse la conception de la réciprocité des deux obligations ; mais elle l'englobe étant elle-même beaucoup plus vaste ; certes le but le plus immédiat, celui qui saute aux yeux, d'un contractant qui s'oblige est d'obtenir la contre-prestation ; si cela n'est plus possible, par perte de la chose par exemple, il y a évidemment défaut de cause (quoiqu'on puisse avec quelque raison soutenir que la cause se confond alors avec l'objet, voir Capitiant, *La Cause*, p. 30). Mais cette analyse extérieure du contrat n'est pas toujours suffisante, et la cause-motif en permet seule une plus approfondie.

tion du bénéficiaire, que la cause de l'obligation du donateur est dans cette acceptation elle-même. Ce ne serait pas du tout inexact, mais personne ne songe à le soutenir (66) et Domat, pour trouver la cause d'une libéralité, se livre le premier à une analyse de la volonté du disposant.

« Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait ou donne et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention : et l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste *comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire ou le seul plaisir de faire du bien* (67) ». Donc Domat, en matière de libéralité, se livre à une analyse psychologique de la volonté du donateur pour découvrir la cause finale de son acte ; on le voit mieux encore quand il aborde la question des conditions apposées aux donations et l'idée qu'il soutient est tout à fait conforme à la conclusion dégagée à la suite de l'étude de jurisprudence faite plus haut

(66) En ce cas, en effet, la cause cesserait d'être désignée par le terme « *ut* » ; elle deviendrait un « *parce que* » : Primus est obligé de donner parce que Secundus a accepté ; mais cela ne justifie nullement l'intention libérale. Au contraire, en dehors de la matière des donations (où l'acceptation du bénéficiaire n'a rien à voir avec le but poursuivi) le « *parce que* » est le complément nécessaire de l'« *afin que* ». Si nous considérons les contrats où les deux obligations se servent mutuellement de cause, il est impossible d'en poursuivre en justice l'exécution, s'il n'intervient pas, dans le temps, un décalage entre l'accomplissement de l'une et de l'autre des obligations, soit par la clause qu'un des contractants exécutera le premier, soit par un commencement d'exécution de la part d'une des parties. C'est là, à l'état pur, l'hypothèse du contrat innommé, à laquelle Domat ramène tous les contrats qui ne sont pas à titre gratuit. Et Primus dira bien à Secundus, j'ai donné « *afin que* » tu me donnes, mais il ajoutera aussitôt, tu dois exécuter ton obligation « *parce que* » j'ai exécuté la mienne. Le tout est donc de savoir si cette conception, on serait tenté de dire mécanique, de la cause est suffisante pour les actes intéressés, alors qu'il est impossible de s'y rallier dans le cas des donations.

(67) Domat, *id.*, I, 1, 1, 6.

(68). Pourquoi donc cette recherche de la psychologie des contractants ne serait-elle pas possible en dehors de l'hypothèse de l'acte à titre gratuit ? On peut, sur ce point, aller plus loin que Domat.

§ 2

PRÉVOT DE LA JANNÈS

Dans les contrats à titre onéreux, peut-on, ainsi qu'on le fait dans les donations, concevoir la cause comme le motif déterminant qui incite les parties à s'obliger ?

Avant Domat, Dumoulin, dans le cas de la vente, pousse très loin l'analyse de l'intention du vendeur. Il s'agit pour lui de montrer que la résolution pour inexécution n'est pas seulement propre aux contrats innommés (69) ; pour y parvenir il soutient que la vente peut être résolue pour non paiement à la date fixée. L'hypothèse délicate est celle où un délai de paiement a été

(68) Domat, *id.*, l. I, t. 10, n° 13 : « Il faut faire beaucoup de différence dans les donations entre les motifs que les donateurs expriment comme étant les causes de leur libéralité et les conditions qu'ils y imposent. Car, au lieu que le défaut d'une condition annule la donation conditionnelle, elle ne laisse pas de subsister, quoique les motifs qui y sont exprimés ne se trouvent pas être véritables. Ainsi, s'il est dit dans une donation qu'elle est faite pour des services rendus ou pour faciliter au donataire une acquisition qu'il voulait faire, la donation ne sera pas annulée quoique il n'y ait pas de services rendus et que l'acquisition ne se fasse point. Car il reste toujours la volonté absolue de celui qui a donné et qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés. Mais s'il était dit que la donation n'est faite qu'à condition de l'emploi pour une telle acquisition, comme pour acheter une charge et que la charge ne soit pas achetée, la donation n'aura point d'effet. »

(69) Cf. Georges Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse, p. 344. L'opinion de Dumoulin contredit celle de Bartole et des post glossateurs. Voir aussi Tison, thèse citée, p. 30. Capitant, *La cause*, p. 318.

accordé, car jusqu'à Dumoulin, on admettait qu'en ce cas le vendeur avait suivi la foi de l'acheteur et que la résolution de la vente était impossible (70). Cette seule exception à la théorie de la résolution était considérable ; Dumoulin pour la faire tomber, va raisonner sur un exemple.

Il se peut que le vendeur ait attaché une importance particulière à l'exactitude dans le paiement. Une personne a dû vendre la maison de ses parents mais en adjoignant au contrat un pacte de réméré ; pour se procurer les fonds nécessaires au rachat, elle vend un domaine rural dont le prix devra lui être payé à temps pour racheter la maison paternelle (et Dumoulin suppose que cette condition est stipulée dans l'acte ...« et emptor, qui hac lege emit » dit le texte) (71). L'acheteur ne paie pas et Dumoulin décide que la seconde vente sera résolue. Comme le remarque justement Boyer, Dumoulin a confondu la cause impulsive et la cause finale (72) ; le but poursuivi par le vendeur d'avoir en temps utile une certaine somme de deniers, n'était qu'un motif, qui, s'il ne se réalise pas, ne peut entraîner pour

(70) C'était l'opinion de Connan et l'ancienne coutume de Paris (1510) l'admettait. Cf. Boyer, p. 348.

(71) Dumoulin, *Nova et Analytica explicatio rubricæ et legum I et II. Rubrica de Verborum obligatio*, dans *Œuvres*, tome 3, p. 6 et ss., n° 59 : « Secus ergo si venditor non queratur de solo defectu dilationis pretii in genere, sed de finali peristasi amissa, cujus solius contemplatione vendidit : ut si redempturus domum paternam urbanam vendidit, et tradidit prædium rusticum pro pretio redimendæ domus solvendo intra terminum dictæ redemptionis, et emptor, qui hac lege emit, fefellit, ideo venditor spem domus paternæ recuperandæ amisit, poterit condicere prædium rusticum, ne careat utroque fundo per fraudem, vel culpam emptoris : nec tenetur persequi pretium cum usuris. Probatur per tex. in l. cum te C. de pact. inter empt. et vend. ubi deficiente causa finali venditionis, vel sine qua non erat contracturus, potest venditor non solum ante receptum pretium, sed etiam illo recepto, illud auferre et rem repetere... » Le texte auquel renvoie Dumoulin est au Code 4-54-6 de pactis inter emptorem et venditorem compositis.

(72) Boyer, p. 348 et ss.

l'acheteur le préjudice de la résolution de la vente. Toutefois il ne faudrait pas contester la solution de Dumoulin ; l'acheteur savait pourquoi le vendeur se désaisissait de son bien, il est en faute de n'avoir pas payé en temps utile ; c'est lui qui a causé un préjudice à son vendeur ; quel est le meilleur moyen de le réparer ? Deux solutions sont possibles : a) paiement retardé avec intérêts moratoires ; mais cette solution ne dédommage pas le vendeur de n'avoir pu exercer la faculté de rachat, et les intérêts moratoires n'ont jamais compensé que le retard dans le paiement, ils sont dûs dans toute vente quelle que soit sa cause ; b) le fait patent est que le vendeur n'a pu racheter la maison à laquelle il tenait, il doit donc être dans la même situation que s'il n'avait pas voulu le faire, auquel cas il ne pourrait alléguer aucun préjudice ; par suite il faut résoudre la vente. Ainsi le seul moyen pour le vendeur d'éviter un préjudice est de résoudre la vente ; c'est à cette solution qu'on arrive en considérant la faute de l'acheteur c'est-à-dire en se plaçant sur le terrain délictuel. Pourquoi alors ne pas dire, ce qui serait beaucoup plus simple, que le motif d'obtenir en temps voulu une certaine somme de deniers, étant déterminant pour le vendeur, est pour lui la véritable cause de la vente, et que son acheteur l'ayant connu, l'ayant accepté en signant le contrat, l'a, du même coup, considéré comme tel ? La résolution est alors automatique si le vendeur veut bien la demander (73).

(73) On s'est appuyé sur ce texte de Dumoulin et sur sa solution ci-dessus exposée, pour prétendre qu'il avait eu l'idée « d'expliquer le droit des conventions par l'autonomie de la volonté individuelle ». (Cf. Tison, thèse citée, p. 31.) L'intention de chaque contractant étant la cause de son obligation, si les choses ne se passent pas comme elle l'a voulu, le contrat peut être résolu. Dumoulin prend certainement le motif pour la cause mais est-ce donc tellement critiquable du

S'il en est ainsi, la cause cesse alors d'être la contre-prestation considérée en elle-même ; *elle devient la contre prestation accompagnée d'une condition, colorée d'une certaine manière par l'accord des parties.*

*
**

Cette idée, dégagée du texte de Dumoulin, est celle même que Prévot de la Jannès développera et mettra tout à fait au point. C'est à propos de l'erreur sur la cause ou sur l'objet de la convention qu'il écrit : « Il ne suffit pas que l'un des contractans se soit trompé au sujet de la chose sur laquelle il contractait ou au sujet du motif qui le portait à contracter, il faut encore que cette erreur ait été connue de l'autre partie et que, par le vœu commun des contractans, elle ait été attachée au Traité, *comme une espèce de condition sans laquelle on n'eut point contracté.* » La croyance erronée devient alors la véritable cause de l'obligation, elle n'était pourtant qu'un motif qui poussait au contrat. « Un exemple éclaircira cette règle : Alexandre pour former une Duché-Pairie, du titre de laquelle le Roi l'a honoré, achète une terre sur la mouvance de laquelle les parties ne s'expliquent point dans le contrat et qu'il croit par erreur être en Fief et relever immédiatement de la couronne, quoiqu'elle soit en roture. Cette erreur n'annulera pas la

moment que les deux parties ont été d'accord sur ce motif ? Et si c'est là reconnaître a priori le principe de l'autonomie de la volonté, la solution de Dumoulin n'introduit-elle pas en même temps un sérieux élément de moralité en faisant savoir à l'acheteur qu'il ne peut, sans s'exposer à une résolution, manquer à sa parole ? Nous croyons au contraire que cette solution soumet la volonté des parties à une condition supérieure que ces dernières acceptent en entrant dans les liens du contrat, en vertu de leur liberté de s'obliger qui n'est pas du tout l'autonomie de la volonté. (Voir infra, ch. V, § 1 et supra ch. II, § 2, Papon.)

vente car elle n'est point entrée dans les conditions du traité, et la vente a une cause indépendante de cette erreur dans la prestation réciproque des Parties. Mais si le vendeur avoit reconnu l'intention d'Alexandre de ne point acheter une terre en roture, sa mauvaise foi dans ce cas donnerait à l'erreur l'effet d'annuler la convention ; car il n'est pas toujours nécessaire que l'erreur ait été formellement attachée au traité, comme une condition consentie de part et d'autre (74) ».

Il s'agit là d'une erreur sur la cause aussi bien que sur la substance de l'objet, la qualité de la terre étant la cause de l'achat ; mais le mot cause ici, désigne le motif qui détermine le contrat, et Prévot de la Jannès, on le voit, admet que la convention peut être annulée s'il a été connu de l'autre partie. Il y a dans cette solution une analyse des deux volontés qui se joignent dans la convention, et s'il y a défaillance du but qui devait être atteint, but connu des deux parties, l'obligation devient nulle, « l'espèce de condition sans laquelle on n'eut point contracté » faisant défaut (75).

La cause, dans l'acte à titre onéreux, ajoute donc à la contre prestation une couleur nécessaire, sans laquelle il n'y aura pas de contrat, de même que dans la libéralité, elle ajoute à l'intention du donateur une raison qui l'explique et la justifie. Sans cause, il ne peut y avoir de volonté libre.

(74) Ouvrage cité, tome 2, pages 136-137, ch. 2, n° 411.

(75) Rapprochons de cette conclusion à laquelle on vient d'arriver Pothier, Traité du contrat de vente, n° 475 où il nous dit qu'il y aura résolution pour inexécution dans la vente « lorsque ce qu'on m'a promis est tel que je n'eusse pas voulu contracter sans cela ». C'est la qualité de la prestation qui est la cause de l'obligation.

CHAPITRE IV

DES LIMITES A LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS

On peut les étudier dans trois directions différentes qui formeront les trois paragraphes de ce chapitre.

- § 1. — *Limite apportée par la notion de cause.*
- § 2. — *Limite résultant de l'exigence d'un écrit.*
- § 3. — *Limite de nature morale.*

§ 1

LIMITE APPORTÉE PAR LA NOTION DE CAUSE

Tout ce qui a été dit au précédent chapitre prouve assez l'importance de la cause et la nécessité de son existence dans la formation de l'obligation. Aussi au cas de défaut de cause, ou lorsque celle-ci vient à cesser, l'obligation est-elle nulle (1). « Si entre les hommes, écrit Charondas, la loy de la société humaine estoit fidèlement gardée, ne seroit besoin d'escriture, contrat ny obligation, ains suffiroit la promesse de la seule parole : mais la malice d'aucuns a tant inventé de subtilitez que non seulement la promesse de parole, mais aussi l'obligation escrite est souvent extorquée sans cause ou déguisée (2) ». Charondas nous dit que durant les troubles qui ont trop longuement affligé la France, beaucoup pour sauver leurs biens furent contraints par force et reconnurent des dettes qu'ils ne devaient pas mais qu'ils promettaient de payer ; de telles obligations sont nulles comme étant faites sans cause (3).

L'hypothèse la plus intéressante est celle de la cause illicite. On la rencontre dans un arrêt de Paris du 22 juin 1689. Il s'agissait d'une promesse de 6.650 livres exécutoire contre Louis Taffel en qualité de principal

(1) Domat, cité, I, 1, 5, n° 13.

(2) Charondas, Réponses et décisions du droit français, Liv. 3, rép. 3, p. 62, dans ses Œuvres, tome 1.

(3) Charondas dit même que contre elles on peut employer la preuve par témoins, malgré l'ordonnance de Moulins ; ce qui s'explique car elles sont faites par force.

héritier de son père ; elle était passée par Adrien Taffel père, en date du 14 juin 1655, au profit d'un nommé Bontemps ; mais elle fut reconnue comme ayant pour but d'avantager indirectement Thomas Taffel, fils puiné du précédent, en se servant du nom d'un créancier feint et simulé. L'arrêt annula la promesse comme illicite privant l'aîné du bénéfice de son droit d'ainesse ; elle était nulle pour cause illicite (4).

Ces questions ne soulèvent pas de difficultés ; « tout engagement doit avoir une cause honnête (5) » disait Pothier ; s'il n'en est pas ainsi il est nul et c'est ce qu'a consacré l'article 1131 du Code civil (6) et (7).

§ 2

LIMITE RÉSULTANT DE L'EXIGENCE D'UN ÉCRIT

Cette exigence est requise par l'ordonnance de Moulins de 1566, article 54 : « ...de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres pour une fois payer seront passés contrats par devant notaires et témoins... » (8)

(4) Cet arrêt est au J. des Aud., tome IV, l. 4, ch. 21, p. 185. Voir aussi tome V, l. 3, ch. 15, p. 353 : « Billets au porteur sont déclarez nuls par les présomptions que c'étoit un avantage indirect d'un père à un enfant au préjudice d'un autre ». Arrêt du 3 avril 1703.

(5) Traité des Obligations dans ses Œuvres, par Bugnet, t. 2, p. 24, 1^{re} partie, ch. 1, sect. 1, art. 3, § 6, Du défaut de cause.

(6) « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. »

(7) La promesse faite entre trois jeunes hommes que le premier marié « payeroit aux deux autres chacun un habillement de satin » n'est pas nulle comme contraire aux bonnes mœurs. Arrêt du 6 février 1595 dans Le Prestre, 4^e cent., ch. 19, p. 709. Dans l'espèce elle fut déclarée nulle, les parties étant mineures et la coutume de Reims, art. 15, interdisant au mineur de 25 ans de disposer de ses meubles.

(8) Cf. également ordonnance de 1667, titre 20, art. 2, et l'article 176 de la coutume de Bretagne (1539), in B. d. R. tome IV, p. 291 et

Mais cette règle de l'ordonnance souffre quelques exceptions pour certains contrats dont la plus remarquable est celle du dépôt nécessaire.

Il est d'abord reconnu que l'ordonnance de Moulins s'applique au dépôt comme aux autres contrats : il fut ainsi jugé, au témoignage de Chenu, par un arrêt rendu en robes rouges le 13 août 1575 (9). Il s'agissait alors du dépôt volontaire ; non point des dépôts nécessaires, comme sont « ceux qui sont faits entre les mains d'un hoste, vel tempore tumultus, incendis, ruinæ et naufragii qui sont les quatre cas auquel l'on admet à faire la preuve du dépôt par témoins parce que ex necessitate deponit », et non « ceux qui sont volontairement et sans aucune nécessité faits entre les mains d'amy duquel on a suivi la seule foy (10) ». De son côté Cambolas rapporte un arrêt de Toulouse du dernier jour de juin 1632, selon lequel l'ordonnance n'a pas lieu au dépôt nécessaire (11). Cette opinion est d'ailleurs unanimement admise (12) et (13). Mais il faut reconnaître que la rédaction d'un écrit n'est exigée que pour la preuve ; elle ne veut pas dire

suiv. qui fixe la même limite de 100 livres. Voir Du Fail rapportant un arrêt du 6 mars 1554 du parlement de Bretagne, selon lequel un accord verbal est valable, mais jusqu'à 100 livres ; dans les plus solennels arrêts de règlement du parlement de Bretagne, 1715, livre 1, ch. 473, p. 424. Cf. Poullain du Parc, cité, tome 1, p. 507.

(9) Chenu : Cent notables questions de droit. Qu. 100, arrêt rendu par le président Séguier.

(10) Chenu, même référence.

(11) Cambolas, Décisions notables sur diverses questions de droit 1744, liv. 6, ch. 31, p. 505 ; il remarque aussi que le dépôt doit être considéré comme une chose sacrée.

(12) Cf. Le Prestre en ses Arrêts, page 711, cite le même arrêt que Chenu du 13 août 1575 et d'autres encore notamment un du 23 octobre 1582, qui permet de vérifier par témoins le dépôt fait à un hôtelier. Voir Soefve, tome 1, cent. 3, ch. 7, p. 216, citant un arrêt de Paris, 20 avril 1649. Lhommeau, Maximes du droit français, 1^{re} partie, p. 146. Domat, I, 7, 2, 1.

(13) Du Fail, cité, livre 1, ch. 351, p. 592, déclare que la preuve par témoins n'est pas reçue contre la transaction excédant 100 livres ; arrêt du parlement de Bretagne du 12 octobre 1575.

que le consentement doit se manifester de manière solennelle.

§ 3

LIMITE DE NATURE MORALE

La convention ne doit pas être contraire aux lois et aux bonnes mœurs (14). C'est en se basant sur ce principe que l'on combat l'usure avec sévérité et que l'on conteste la validité du contrat aléatoire.

Pour ce qui est de l'usure, on ne peut stipuler au contrat l'intérêt du prix de la chose vendue plus grand que l'intérêt légal (15), ce qui ne veut pas dire que toute liberté est refusée aux parties dans la fixation de l'intérêt : il suffit d'en donner pour preuve l'exemple fourni par Automne : « Il y avait un homme qui avait vendu deux champs et une maison pour la somme de 2.000 livres à Jean Dominique et estoit accordé qu'il pourroit racheter les deux champs pour la dite somme de 2.000 livres et que la maison lui demeurerait pour ses dommages-intérêts (16) ». Ce contrat n'est point usuraire si le

(14) Domat I, 1, 2, 1. Cf. Lhommeau, cité, 1^{re} part., p. 145 : « Et ab omnibus contractibus dolus abesse debet, et notamment la falsité qui se commet aux contrats par la malice des hommes qui croit tous les jours de mal en pis ». Cf. Bardet, arrêt de Paris, 16 janvier 1624, Tome 1, liv. 2, ch. 2, la promesse d'un fils de famille pour frais de jeu est nulle. Les parents, aïeuls, tuteurs peuvent répéter les sommes perdues et en faire preuve par témoins sans limite ; ordonnance de 1629, art. 140.

(15) Arrêt du 29 décembre 1648, J. des Aud., tome 1, l. 5, ch. 38, p. 428.

(16) Automne, Conférence du droit français avec le droit romain, tome 2, page 362. Automne, ici, se range à l'opinion de Dumoulin qu'il cite et fait sienne. Cf. Boniface, Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence, tome IV, livre 8, titre 22, ch. V, arrêt du 14 novembre 1673 au Rôle d'Aix selon lequel les intérêts sont dus pour la vente du froment.

dommage est certain. Mais l'usure est condamnée sans indulgence par nos anciens auteurs. Papon rappelle que la loi divine l'a défendue « au presche que Jésus-Christ fit à la montagne, *mutuum date nihil inde sperantes* » et il ajoute : « *L'attrait usuraire est doux et décevant*, et par sa ruse et douceur ordinairement fait perdre et confondre tant le créancier que le débiteur, les conduisant, scavoir le créancier au point de perdre tout et d'attendre d'être payé d'une banqueroute, et le débiteur à la misère d'une cession de biens. (17) » Toutefois l'usure est permise pour récompense du juste intérêt ainsi que le dit Dumoulin (18).



Cette sévérité constatée à propos de l'usure, on la retrouve encore, s'agissant de la validité du contrat aléatoire qui, bien souvent d'ailleurs, se présente sous l'aspect d'un contrat usuraire.

Le type de ce contrat est la vente de récoltes sur pied et Dumoulin va en parler longuement à propos de l'ordonnance de Louis XI de 1482, laquelle est faite en exécution de la loi annonaire « qui défend et fait crime digne de publique accusation et punition, d'encherir les vivres et affamer le peuple (19) ». Ladite or-

(17) Papon, Troisième Notaire, livre IX, p. 681 et 682. Des contrats usuraires.

(18) Dumoulin dans le Sommaire du livre analytique des contrats. Œuvres, tome 2, p. 333 et suiv., p. 345, n^{os} 55 et 56. Mais les ordonnances royales ont fréquemment condamné l'usure et les peines infligées aux usuriers par les tribunaux étaient très dures. (Voir Guyot, ouvrage cité, tome 17 au mot Usure, p. 417 et suiv. Il cite plusieurs arrêts de Paris du 15 mars 1672 condamnant l'usurier au bannissement pour 9 ans et à une grosse amende, des 10 janvier 1736, 28 janvier 1752, 10 janvier 1777 imposant au fautif de faire amende honorable en portant un écriteau « usurier public »).

(19) Dumoulin, Sommaire du livre analytique des contrats, Œuvres, tome 2, p. 383, n^o 241, 19^e question. Cf. Automne, cité, tome 1, p. 687,

donnance interdit donc la vente des récoltes pendantes ou en herbe et Dumoulin en donne la raison, « c'est à scavoir, pour obvier à l'expilation et destruction de plusieurs pauvres rustiques (20) ». Mais aussitôt il élargit la question afin de se prononcer sur la validité ou la nullité du contrat aléatoire.

« Ladite prohibition auroit aussi bien lieu en vignes ou vins, comme en bleds, concurrent semblable raison et circonstances. Encore autre raison, car les susdites cessantes, comme si aucun ne faisoit par soy ny par autry profession de telle méchante négociation, mais une fois seulement achetait l'aventure des fruits pendans et futurs de certaine petite terre ou vigne, sans fréquentation et accumulation des autres terres, vray est que ce contrat ne tomberait pas au crime et délit de la loy annonaire : Mais sans autre juste cause, comme connexité ou dépendance de partages, échanges ou vendition du fonds, transactions ou acquits de dettes anciennes, estant le contract ainsi fait par le seul plaisir des contrahans, ce n'est contract juste et honnête, qui n'est ny utile, ny nécessaire, ny convenable en la conversation politique et commerce des choses. (21) » Et dès lors Dumoulin rejette un tel contrat comme faisant partie des aléatoires ou hazards « plus digne d'être mis

qui mentionne l'ordonnance de François I^{er} à Compiègne d'octobre 1551, art. 4 qui défend à tous marchands d'acheter blés en verd, sous peine d'une lourde amende.

(20) « ... lesquels estoient facilement induits par plusieurs marchands cauts et convoiteux à leur vendre à vil prix, l'espérance de la cueillette à venir, du champ qu'ils avaient labouré et semé ; et puis le temps de moisson venu, ayant dépendu ledit petit prix, n'avoient ni bled ni argent, ny de quoy semer et encore moins de quoy vivre et payer leurs Maistres et seigneurs l'année ensuivante : mesme lesdits avarés Marchands racloient tout, mesme le chaulme, comme s'ils avoient conspiré induire famine et stérilité, pour revendre et surgagner excessivement sur l'amas de bled ainsi fait contre la Loy annonaire. » Même référence n° 241.

(21) Même référence n° 242.

entre les illusions de taverne, qu'entre les contracts civils et politiques, appartenans à gens usans de prudence et raison utile au public et au particulier. » Ce qui est encore plus grave, c'est que tels contrats sont souvent entachés d'usure « quand le vendeur sous tel hasard, vend à si haut prix, ou l'acheteur des fruits pendans, achète à si vil prix qu'il y a probable espérance d'y surgagner excessivement. (22) »

Il convient donc de se prononcer contre la validité de tels contrats, contraires aux bonnes mœurs ; c'est le moyen le plus efficace de protéger le pauvre laboureur qui, autrement serait iniquement dépouillé par son acheteur. C'est d'ailleurs ce que fait la jurisprudence (23), notamment dans un arrêt très intéressant du parlement de Paris du 7 décembre 1632 : Pierre Bourdier, laboureur, avait à prendre chaque année sur un moulin près la ville de Laon une certaine quantité de bled ; il vend cette rente pour les 9 années prochaines à Jean Thomas, greffier au baillage de Laon, pour 800 livres. Etant donné la chute des grains il obtient, au bout de deux ans, des lettres de rescission à cause de la lésion énorme qu'il subissait ; et le parlement lui donna raison, en remettant les choses en l'état où elles étaient avant le contrat ; celui-ci était, en effet, une usure déguisée faite « *obliquement et indirectement* », et il contenait, à n'en pas douter une vente de « bled en verd ». On ne peut arguer de l'incertitude des prix pour ne pas tenir compte de la lésion, car elle est apparente, et dans cette espèce, à

(22) Id., n° 243.

(23) Cf. Albert, Arrêts du Parlement de Toulouse, p. 182. L'ordonnance de Louis XI est faite pour empêcher les acheteurs de se « prévaloir de la nécessité des pauvres laboureurs » ; si donc cette raison ne se rencontre pas, il n'y aura pas lieu de l'appliquer. Albert cite en ce sens un arrêt de juillet 1645.

supposer que les prix ne varient plus, la lésion sera de 4.000 livres au bout des 9 ans. En réprimant l'usure le parlement de Paris a donc bien jugé et il consacre ainsi une limitation d'ordre moral à la liberté de s'obliger, limitation absolument nécessaire et qui invoque en sa faveur les notions d'ordre public et de bonnes mœurs (24).

(24) Bardet, tome 2, l. 1, ch. 43, p. 77, ajoute à la suite de cet arrêt : « Ce fut sur les mêmes principes qu'intervint le 14 octobre 1757, arrêt qui fit défense d'aliéner et d'acheter la vendange sur seps ».

CHAPITRE V

DROIT MODERNE

On a pu constater, au cours de l'étude historique de notre ancien droit, que le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile était primordial, parce que cette obligation est un lien personnel reposant sur une mutuelle confiance des parties, parce que la manifestation de la volonté peut se faire en dehors de toute forme déterminée et parce qu'elle est soumise à l'existence d'une cause, c'est-à-dire d'un motif légitime dans l'esprit de ceux qui s'obligent, que nous appellerons « raison immédiate de l'adhésion à l'obligation » (1). Mais on ne peut clore une étude, sur cette matière d'importance capitale pour les relations juridiques, sans se demander ce que sont devenues dans le droit moderne les solutions admises avant notre Code civil. Ne serait-ce que pour constater leur persistance et leur immutabilité, une telle question vaut d'être résolue. Pour y parvenir il convient d'examiner les divers aspects du problème, autant que

(1) Les paragraphes suivants 1, 2 et 3, apporteront la justification de cette définition.

possible, avec ordre et méthode, car ils ne laissent pas, à première vue, de se présenter sous un jour assez complexe et il peut n'être point toujours aisé de décrire le droit d'aujourd'hui par rapport à celui du passé. Néanmoins comparer notre droit moderne avec celui de l'ancienne France, immédiatement avant le Code civil — et cela dans une matière aussi importante que celle qui fait l'objet de ce travail — est le seul moyen qui permette de porter, sur le droit actuel, sur les transformations qu'il peut révéler, un jugement de valeur, au lieu de se contenter de l'acquiescement explicatif et résigné d'une évolution déclarée fatale. Et nous croyons que les titres des cinq paragraphes qui vont suivre, indiquent déjà par eux-mêmes, cette tendance que nous voudrions donner aux développements qui sont la matière de ce chapitre final :

§ 1. — *Autonomie de la volonté ou Liberté de s'obliger ?*

§ 2. — *La conception objective de l'obligation.*

§ 3. — *Le consentement défini comme un état d'âme.*

§ 4. — *Le contenu du contrat, élément légal d'ordre public.*

§ 5. — *Qu'est-ce que la transformation du droit des obligations ?*

§ 1

AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ OU LIBERTÉ DE S'OBLIGER ?

Quand on voit, dans un texte, l'expression d'autonomie de la volonté, il faut la traduire par celle de liberté de s'obliger.

« Le fondement de l'obligation en droit canonique n'est pas davantage, écrit Roussier (2), la toute puissance du vouloir individuel que les exigences du milieu social. » On reconnaît là les deux conceptions possibles qui permettent de soutenir l'existence du principe de l'autonomie de la volonté, la conception philosophique qui enseigne que la société elle-même n'est que le plus grand des contrats et une conception de justice objective qui explique l'obligation par l'idée de confiance créée. Chacune de ces deux théories a essayé d'invoquer l'appui du droit canonique et celui-ci les méconnaît l'une autant que l'autre. La première a cela de commun avec lui que tous deux répudient le formalisme mais « les partisans de la théorie volontariste confondent assurément deux choses qui doivent être soigneusement distinguées, c'est à savoir la décision d'entrer dans les liens du contrat et la raison d'être du caractère obligatoire (3) ». Les canonistes n'ont jamais cessé de proclamer le libre arbitre des contractants. D'autre part, la constatation, que la morale chrétienne condamne la violation des pro-

(2) Thèse citée, p. 7.

(3) Roussier, p. 7.

messes comme un pêché, peut être rapprochée du système qui explique l'obligation par « les exigences objectives du commerce juridique » (4), en faveur duquel la règle canonique serait un argument. Mais on a vu qu'un tel système conduit en fait à l'admission nécessaire d'un certain formalisme (5) et la règle morale ainsi entendue serait singulièrement restreinte et l'application de la notion de cause considérablement réduite ; au contraire la règle morale « prend sa revanche quand il s'agit de déterminer l'étendue de la liberté contractuelle et la théorie de la cause, par exemple, a pu être considérée comme une correction indispensable au principe de l'autonomie de la volonté (6) ».

Que reste-t-il donc, les deux justifications de l'autonomie de la volonté étant reconnues inexactes ? Il reste la conception canonique de l'obligation qui est la seule exacte. Comme l'écrit M. le doyen Ripert : « Sur le fondement de l'obligation morale, l'obligation civile reste inattaquable (7) ». Et il n'est nullement besoin de recourir à la notion philosophique du pouvoir de volonté, d'admettre, comme doctrine, l'autonomie de celle-ci. Quelques réflexions sur la notion de cause vont justifier cette idée.



« La théorie de la cause dans le Code civil français

(4) Gounot, thèse citée p. 346. Cf. Roussier dans son Introduction.

(5) Cf. ci-dessus ch. 2, § 3, où la condamnation des deux systèmes rappelés ici a été soutenue.

(6) Roussier, introduction. Cf. infra Saleilles et Meynial.

(7) Le régime démocratique et le droit civil moderne, n° 137, p. 270. Cf. Tison, thèse citée, qui donne une excellente formule en disant à propos de l'adage *solus consensus obligat* que l'idée d'obligation éveille pour les canonistes « celle d'une contrainte théologique exercée sur la volonté et non pas d'une autonomie de celle-ci » (page 23). Cf. Ripert, La règle morale, ch. 1, n° 22. Voir infra, § 2, la note sur les origines de l'obligation.

constitue à la fois une atteinte et une garantie à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté » nous dit Saleilles (8). Une atteinte ? Mais, au risque d'entrer ici — pour un court instant — dans une querelle de mots, ne peut-on soutenir que si un principe, qui prétend être le plus absolu (en admettant que le mot absolu lui-même puisse s'accommoder d'un superlatif) de tous, souffre une atteinte, c'est en réalité qu'il n'existe pas, que seule, une aberration de l'esprit permet d'y croire et qu'il faut chercher une terminologie différente qui y suppléera ? Qu'est-ce, en effet, que l'autonomie ? c'est le privilège enviable de ne dépendre d'aucune personne ni d'aucune contingence extérieure ; c'est le pouvoir de se régir par ses lois propres et c'est être capable d'en changer à tout instant, car se fabriquer soi-même ses lois équivaut à ne pas en avoir. Et il faut reconnaître que la cause empêche véritablement cette autonomie de fonctionner, si elle engendre les trois conséquences que Saleilles fait découler d'elle : si une prestation (élément essentiel d'un acte) est illicite, l'acte entier tombe ; s'il y a erreur sur cet élément, l'acte est nul ; enfin la troisième conséquence consiste en ce que « si une promesse était prise alors qu'aucun élément de ce genre (essentiel) la justifiait, elle se trouverait constituer un acte juridique incomplet que la loi considérerait comme l'œuvre d'un incapable ou comme un *phénomène anti-juridique*, de telle sorte

(8) Saleilles, De la déclaration de volonté, sur l'art. 138 du C. civ. allemand, n° 3. L'auteur continue : « Elle en trace les limites mais en même temps elle marque comme une frontière infranchissable aux investigations du juge ». La garantie apportée par la cause réside donc dans une protection contre l'interprétation abusive et inexacte que pourrait faire le juge de l'intention des parties. Elle évite, en somme, l'inquisition, de la part du juge, peut-on dire. Et Saleilles développe plus loin, au numéro 6, cette idée qu'on exprime de façon parfaite en formulant la distinction entre la cause et les motifs. Mais pour être tout à fait exact, il eût fallu dire qu'il y a là, en réalité, une garantie de la liberté de s'obliger.

que la promesse fut nulle faute de cause (9) ». Ainsi le caractère illicite de la cause ou son défaut fait que l'acte intervenu est un phénomène anti-juridique ! Qu'est-ce à dire sinon que la volonté, sans la cause est impuissante à créer des droits, qu'elle n'est pas autonome ?

Mais le texte de Saleilles appelle une autre remarque ; il nous dit : « la théorie de la cause dans le « Code civil... » », mais si la théorie de la cause se trouve dans le Code civil et qu'elle brise le principe de l'autonomie de la volonté, comment a-t-on pu prétendre que ledit code consacrait, au moins tacitement, ledit principe ? L'erreur fut en effet commise ; croit-on donc justifier cette opinion en s'appuyant sur l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ? Il n'est que la reproduction d'un vieil adage latin (10) exprimant que la convention valable doit être scrupuleusement observée par les obligés, que les dispositions qu'elle contient doivent être obéies. Peut-être y a-t-il eu déformation de l'adage ? Oui, certes, la folie révolutionnaire et philosophique s'emparant de certains esprits, ceux-ci ont proclamé que le contrat, non seulement tenait lieu de loi, mais qu'il était la loi même, étant l'œuvre de ceux-là mêmes qui, s'unissant dans un but plus général, avaient fait la société et la loi, laissant en même temps à des conventions particulières le soin de compléter les règles destinées à gouverner cette société (11). Alors oui, le contrat et la loi sont entre eux dans un rapport d'assimilation. Mais quoi donc nous autorise à dire, que le Code civil est l'héritier de cette

(9) Même référence, n° 5.

(10) Voir *supra*, ch. 2, § 3.

(11) Voir ci-dessus ch. 2, § 3 in fine et les références.

idée, qui eût été burlesque si on n'y avait cru comme à un dogme ? L'erreur commise par ses prédécesseurs immédiats ne lie pas ses interprètes. Bien mieux, les siècles qui se sont succédés, avant que l'idée du contrat-loi soit jeter à tous les vents, apportaient avec eux un héritage sûr, défini et qui parlait plus haut ; le code en est le prolongement, autant et plus encore que le réceptacle de l'idée neuve. Les grandes secousses veulent arrêter l'évolution pour la changer : elles ne détruisent pas, et la marche lente du droit reprend son œuvre, patiente comme le travail du temps. Dans l'ancien droit, on l'a vu (12), le principe de l'autonomie de la volonté n'était pas aperçu ; nul ne cherchait à inventer cette chimère dans le domaine de la formation des droits, au contraire la notion de cause était connue et sa théorie, appliquée aussi parfaitement qu'aujourd'hui. L'article 1131 l'a consacrée : il est bien l'héritier de la tradition. Ce qu'il faut donc, c'est combiner 1134 et 1131 et voir, dans la réunion de ces deux articles l'affirmation de la liberté de s'obliger garantie par la cause (13). Il est impossible, au contraire, de soutenir le principe de l'autonomie de la volonté en se basant sur 1134 sans méconnaître l'article 1131.

Si on essaye d'y parvenir, on confond forcément la cause avec le consentement lui-même ou avec l'objet ; voir, comme Aubry et Rau dans la cause, un motif juridiquement suffisant d'engagement c'est la réduire au

(12) Cf. les chapitres II et III précédents. Voir Roussier, thèse citée, p. 9 : « La thèse volontariste est certainement inexacte du point de vue de l'histoire ». Et Gounot, thèse citée, p. 411 : « On chercherait vainement chez les juristes de cette époque, l'affirmation que la volonté est par elle-même source de droit et que toute manifestation contractuelle de volonté doit être sanctionnée parce que manifestation de volonté ».

(13) Voir Saleilles, note 8 ci-dessus. Cf. Meynial : Compte rendu de l'ouvrage de Saleilles. Revue Trimestrielle, 1902-1, p. 545.

consentement car, si la volonté est autonome, que lui suffit-il pour s'obliger ? la plus légère intention, le plus inconcevable motif, l'humeur du moment ; on le voit, l'autonomie de la volonté ne va pas, sans l'incompréhension de la notion de cause. D'autre part si celle-ci n'est que la chose à livrer ou le prix à payer, elle se confond avec l'objet du contrat (14). Mais maintenant les auteurs s'éloignent des conceptions de l'école classique et donnent d'excellentes définitions de la cause, lesquelles rendent compte de l'œuvre de la jurisprudence, conforme en ce point à celle de notre ancien droit et qui s'est bien gardée d'accueillir l'obligation comme valide par la seule manifestation de volonté, exclusive de tout soutien, de toute raison qui l'explique. Cette attitude consacre bien la coexistence nécessaire de la cause et du consentement. « La cause, dit M. Maurice Colin (15) reste distincte du consentement. Celui-ci consiste dans la pure volonté de s'obliger ou de transférer la propriété. Or cette volonté peut très bien s'abstraire de sa cause c'est-à-dire de la raison immédiate qui l'explique ». Retenons ce terme excellent de « *raison immédiate* », nous aurons l'occasion, au cours de ce chapitre, de le préciser et de compléter l'expression (16).



Mais il est facile de voir que la cause, considérée ainsi comme une raison immédiate, tandis qu'elle est incompatible avec le principe de l'autonomie de la volonté,

(14) Capitant, *La Cause*, p. 25-27.

(15) *Traité des donations et testaments* de Baudry-Lacantinerie et Maurice Colin. La citation est faite d'après Capitant, *La Cause*, au paragraphe des donations, p. 68-79.

(16) Voir le § 3 de ce chapitre : Le consentement défini comme un état d'âme.

est tout à fait conforme à celui de la liberté de s'obliger dont elle est la garantie, et qui a besoin d'une garantie (17). Que serait, en effet, une volonté qui s'engage pour un motif futile, imprécis, peut-être suggéré ? Une telle volonté, qui ne se rend même pas compte de son pourquoi, a-t-elle vraiment été *libre* et, s'il s'agit d'un rapport bilatéral, n'a-t-elle pas été dominée par celle du co-contractant à la proposition de qui elle a adhéré simplement des lèvres ? D'un autre côté, une volonté qui se dépouille, sans circonspection, des biens dont elle a la disposition, les distribuant au hasard, n'est-elle pas une volonté malade ? Le code l'a senti et a prévu ce cas en s'occupant du prodigue (18). Si l'on ajoute, avec Saleilles, que la cause est une garantie du respect de la volonté des parties contre l'inquisition du juge (19) on verra qu'il y a en elle un indispensable complément de la liberté de s'obliger.

Mais ce raisonnement qu'on vient de poursuivre, qui n'est pas contestable et dont la jurisprudence, dans son état de l'ancien droit et dans son état actuel (20) apporte chaque jour la justification, était-il besoin de le faire ? L'expression d'autonomie de la volonté ne trompe plus personne et quand on l'emploie, ce n'est pas en lui donnant un autre sens que celui de liberté de s'obliger, objectera-t-on avec beaucoup d'apparence de raison. Bien mieux, passer son temps dans une vaine querelle de mots est chose dérisoire, ajoutera-t-on, quand l'examen du droit présent nous révèle un fait beaucoup plus

(17) Tandis que l'autonomie de la volonté est, par hypothèse, la négation de toute garantie.

(18) Rapprochons de ce cas, celui des gageures, *supra* ch. 3, sect. 1, § 2, et l'argument « insensés » invoqué par d'Espeisses contre ceux qui font de trop fortes gageures. Voir aussi *supra* ch. II, § 2, Papon.

(19) Voir les notes 8 et 13.

(20) Voir § 3 de ce chapitre.

grave, à savoir que l'éloignement où se tient notre temps du principe de l'autonomie de la volonté est, en réalité, l'éloignement de l'individualisme lui-même et, dans une certaine mesure, la négation de la création des droits subjectifs par le libre accord des parties contractantes. N'est-ce pas se livrer à une exploration inutile du fonds psychologique humain que de discuter s'il faut dire autonomie ou liberté de s'obliger alors que s'accroît chaque jour, sous nos yeux, le déclin du contrat ? Si celui-ci ne peut que servir à réaliser une certaine fin, la volonté des parties doit y être soumise (21). Ce problème est grave et sera étudié car il faudra justement se demander comment la nouvelle conception du contrat, manifestation des volontés particulières conformément à un ordre public voulu par la société, contredit le fondement de l'obligation morale donné à l'obligation civile (22). Il n'en reste pas moins que ce fondement, trouvé dans l'obligation morale, s'exprime en affirmant le principe de la liberté de s'obliger auquel on adjoint la garantie de la cause.

Et nous concédons volontiers que si l'autonomie de la volonté ne représentait, dans la pensée de chacun, rien de plus que la liberté de s'obliger, tout le contenu de ce paragraphe eût été inutilement écrit ; on peut appeler Gargantua l'homme qui fait la grève de la faim ; le tout est de s'entendre sur la désignation du mot et de l'employer toujours dans le sens convenu. Mais il vaut mieux quand même, autant qu'il est possible, employer les expressions dans leur sens convenable. Il est sûr que l'autonomie est quelque chose de plus vaste que la liberté de s'obliger, car, absolue par elle-même, elle

(21) Cf. Ripert, *Le régime démocratique*, ch. V, n^{os} 137 et ss.

(22) Voir *infra* § 4 et § 5.

ne peut tolérer aucune notion qui soit sa garante ; il faut donc nécessairement distinguer les deux expressions. Et nous dirons alors, que si l'on va jusqu'au fond des choses, proclamant l'éminente dignité de la personne humaine, il faut lui reconnaître une volonté autonome ; il faut hautement affirmer que chacun de nous peut reprendre pour lui-même ces deux vers de Rotrou (23) :

« Sans rendre ni raison ni compte de mes vœux

« Je veux ce que je veux, parce que je le veux. »,

curieuse peinture de l'absolutisme royal, mais belle maxime si fière et si vraie en tant qu'elle exprime l'indépendance du caractère, de l'esprit ou de l'âme. Mais cela, alors, n'est plus du droit, et si l'on voulait que cela s'en rapprochât encore, il faudrait dire qu'au moment et avant de s'obliger, la volonté fait un acte en vertu de son autonomie qui consiste précisément à y renoncer sur le point particulier des relations juridiques (24). Une telle analyse n'a aucun intérêt en la matière de la formation de l'obligation civile ; disons, si l'on veut, que la liberté de s'obliger est le reflet dans la création des droits de l'autonomie de la volonté, mais il en

(23) Rotrou (1609-1650) dans *Laure persécutée* (1637), acte I, scène 10.

(24) La liberté de s'obliger donne à celui qui la détient le pouvoir de dire oui ou non. S'il dit non, il se tient volontairement à l'écart du climat juridique, sa volonté reste autonome et personne n'a le droit de lui demander des comptes. Une telle attitude peut toutefois avoir sur les relations juridiques une répercussion dans quelques cas, mais il faut bien alors la déterminer ; c'est par exemple quelqu'un qui renonce, non par une manifestation formelle de son consentement mais par une inaction continuelle, à demander réparation d'un préjudice ou à poursuivre le paiement d'une dette : cette attitude purement négative ne modifie pas les relations existantes mais les laisse en l'état jusqu'à ce que la prescription y mette un terme : elle n'a donc nullement pour effet la transformation du lien de droit ; et l'on ne pourrait en appeler que si elle constituait une négligence coupable, mais c'est là tout autre chose alors que l'autonomie de la volonté et l'on tombe dans le domaine de l'action paulienne.

résulte pour conséquence inéluctable qu'il faut s'en tenir à ce seul principe de la liberté de s'obliger, efficace seulement avec le secours de la notion de cause.

*
**

Cette manifestation de volonté indispensable et dont on vient de délimiter l'influence est une preuve de la part active que prend le sujet de droit dans la naissance de l'obligation, qui est alors un lien personnel idéal. Mais peut-on encore prétendre que la vieille définition, reproduite selon Bouteiller, tout au début de ce travail, est toujours bonne et immuable ? La conception objective de l'obligation ne lui fait-elle pas échec ? et si la réponse doit être négative, pour quelles raisons ?

§ 2

LA CONCEPTION OBJECTIVE DE L'OBLIGATION

C'est le fondement moral de l'obligation qui en fait un lien idéal, un rapport personnel entre deux volontés ; sans lui, il n'y a qu'un lien de puissance, et sous la forme la plus grossière de l'obligation, un enchaînement effectif de la personne du débiteur sous le joug du créancier ; l'obligation alors ressemble fort au droit réel, en ce sens que tous deux sont issus d'une source commune : la notion de puissance, seule perceptible chez les peuples primitifs ; mais *l'impératif religieux* enseigne au débiteur qu'il est tenu de payer, alors même qu'il est libre d'entraves, et dès lors le lien idéal apparaît (25) à côté

(25) On pourrait vérifier une telle allégation en recherchant les origines de l'obligation, en droit romain évidemment, puisque c'est

et au-dessus du lien physique ; les deux éléments de l'obligation, dette et contrainte, se trouvent réunis et s'expliquent l'un par l'autre. La longue note historique ci-dessous tente d'apporter la vérification de cette idée ; tant que l'obligation n'est qu'un enchaînement matériel, le rôle de la volonté est d'une nature spéciale : il consiste dans la soumission du débiteur au créancier, sou-

lui qui a élaboré la définition que nous connaissons encore aujourd'hui. On ne connaît dans le très ancien droit romain que des obligés et des actes générateurs de l'état d'obligé. Ainsi on peut dire que l'origine de l'obligation est triple : *le délit, le droit réel, l'impératif religieux*. Pour le délit, il est évident qu'il fait naître au profit de la victime un droit direct sur la personne du coupable : c'est bien pourquoi la loi Poetelia Papiria (428 de Rome fondée) a laissé subsister en cette matière l'assujettissement corporel qu'elle supprimait dans tous les autres cas ; il faut même ajouter que sous le régime des compositions légales le coupable reste encore exposé à la vengeance, la loi n'établissant qu'un tarif forfaitaire de rachat ; c'est pour cette raison que le citoyen Veratius qui administrait des soufflets aux passants et ne voulait pas que son plaisir fut troublé par un enchaînement possible, avait soin de se faire accompagner par un esclave qui payait immédiatement la poena de 25 as édictée par les XII Tables. L'obligation issue des premiers engagements contractuels s'incruste également dans le moule du droit réel sous l'aspect duquel elle se présente, c'est-à-dire qu'elle est un lien de puissance et n'apparaît qu'avec un seul de ses éléments, la contrainte (*obligatio stricto sensu*, dit Cornil), donc de manière incomplète. L'apparition des compositions légales et volontaires n'a pas donné naissance au lien idéal obligatoire qu'est l'obligation de Justinien ; certes l'idée de dette cotoye alors celle de responsabilité : si l'*obligatio stricto sensu* peut cesser par un paiement, n'est-ce pas que derrière ce lien physique il en existe un autre qui est le *debitum* ? Pour nos esprits modernes, il serait aisé de le croire et ce serait juste si une étude plus poussée de l'histoire ne venait révéler que cela est impossible : car la victime n'accepte pas de délier le coupable si quelqu'un d'autre, un otage, ne prend ses fers : il y a là substitution d'un enchaînement à un autre, rien de plus, car le coupable (débiteur) se trouve entièrement libéré : on lui a oté ses fers pour qu'il aille chercher la rançon et un devoir moral existe certainement à sa charge, mais s'il ne s'en acquitte point ? il le peut et l'otage reste enchaîné jusqu'à ce qu'il soit libéré par l'intervention d'un tiers, et si ce tiers, au lieu de prendre les fers de l'obligé, paie, il aura le droit à son tour d'enchaîner le malheureux qu'il vient de libérer ; l'extinction de l'obligation ne se fait donc pas par le paiement d'une dette mais par le rachat ou le transfert d'un lien de puissance, d'un *mancipium* ; tant qu'elle ne s'éteint pas, il faut un assujetti : l'otage, disent les anciens textes chaldéens, « relève la tête du débiteur » en se substituant à lui (Cornil, *Debitum et obligatio*, p. 209, note 11), c'est ce qui explique

mission qui peut se présenter parfois comme une capitulation par laquelle l'obligé se livre à son maître ; et de son côté, le créancier ne songe qu'à disposer comme il l'entend de la personne qu'il retient prisonnière. Le lien obligatoire se borne à une représentation dans le monde

que, le débiteur qui fournit des cautions, étant de ce fait libéré, s'engage lui aussi comme caution, idem praes ; on le constate dans la table de Pouzzoles (649 de Rome 105 av. J.-C. Textes de Girard, p. 860-862), bien qu'à cette date l'enchaînement personnel n'existât plus depuis longtemps. Cf. sur ces différents points, Huvelin dans le Dictionnaire d'antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio au mot obligatio, p. 133 : « Le droit personnel paraît se présenter comme un droit immédiat (une sorte de droit réel) sur le corps du débiteur. Ce débiteur n'a d'autre gage à donner que son corps à une époque où tous les autres biens sont objets de propriété collective : c'est, en effet, le corps du débiteur que l'on saisit et qu'on exécute à l'échéance ». La tendance actuelle des romanistes (de Visscher, Noailles) est de voir dans l'acte per aes et libram l'acte générateur du rapport de puissance. Cela permet d'expliquer que dans le nexum, acte générateur de l'état d'obligé, le nexus se range sous la puissance du créancier, comme dans la coemptio la femme se soumet à la manus de son mari (cette dernière idée, longuement développée par M. Noailles dans son Cours de doctorat 1936-1937). La notion de *potestas*, peut-on dire, englobe donc, à l'origine, toutes les notions juridiques, les droits de famille et la propriété, comme l'obligation.

Pour que l'obligation cesse donc d'être un rapport de puissance — et le délit et le droit réel sont impuissants à nous la montrer sous un autre aspect — il faut que les parties croient à l'existence entre eux d'un lien religieux ou magique. C'est l'impératif religieux, qu'on rencontre dans le serment, dans lequel, prononçant l'exécration, celui qui jure se soumet aux châtements divins s'il n'accomplit pas sa promesse. Cet impératif religieux est aussi vieux que le groupe lui-même dont l'existence est toujours régie par des croyances fatales : le délit est l'acte qui consiste à rompre l'harmonie du groupe tandis que l'impératif religieux assure le respect de cette harmonie : si, en ce cas, l'obligation est exécutée par crainte de la vengeance des dieux, cela nous prouve tout simplement la force du lien idéal lorsque les prescriptions religieuses sont souveraines sur la conduite des hommes. Cet impératif explique l'efficacité des actes fondés sur la Fides, divinisée dès l'époque légendaire ; comment est-on passé, de là, au contrat verbis, à la stipulation obligatoire ? : « La transition nous est fournie, selon nous, écrivait André Fliniaux, dans le dernier cours de droit romain des obligations qu'il fit à Paris en 1931-1932, dans les répétitions écrites duquel il consacrait un chapitre aux origines de l'obligation, par un texte de l'Histoire Naturelle de Pline, XI, 45 (103) : *Inest et aliis partibus quædam religio sicut in dextera : in fide porrigitur*. Il y a une certaine religion dans d'autres parties (du corps humain) comme dans la main droite : elle est tendue dans la fides. Ainsi donc les

physique. Au contraire le rôle de la volonté, tel qu'on le conçoit dans l'obligation dégagée de toute contrainte corporelle, réside dans la confiance faite à celui qui accepte le devoir, de la part du créancier, et, de la part du débiteur, dans l'acceptation de ce devoir : l'obligation, lien idéal, est d'abord une union morale entre personnes qui devient lien de droit quand une sanction positive en assure l'efficacité (26).



rites religieux primitifs auraient fini par se transformer en une poignée de mains symbolique, confirmant l'accord réalisé par demande et réponse : *Spondeo ? Spondeo. Promets-tu ? je promets.* » Ce lien idéal et religieux peut aussi être un lien magique. Cf. Huvelin, *Magie et droit individuel*, p. 29 et ss. C'est le cas de l'obligatio rei qui n'est que la représentation symbolique de l'obligatio personæ, car un débiteur voulant se libérer de ses entraves abandonnera au créancier un objet peut-être de peu de valeur, gant, anneau, arme mais qu'il porte sur lui, qui touche son corps de telle sorte qu'il y a entre le débiteur et lui un rapport de « sympathie magique ». Il y a bien alors un lien idéal qui unit le débiteur au créancier et qui s'exprime pour le débiteur dans le devoir de récupérer l'objet donné ; et ce lien idéal a une très grande force, car le débiteur considère l'objet remis comme une part de lui-même.

Nous nous excusons d'avoir condensé cette importante question des origines de l'obligation dans une longue note : un paragraphe eût à peine suffi, mais c'eût été trop s'écarter du sujet. Mais il convient d'indiquer les renseignements bibliographiques où nous avons puisé la matière de cette note : Cornil, *Ancien droit romain, le problème des origines*. — Cornil, *Debitum et obligatio* Mél. Girard, 1912. — Warnotte, *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*, p. 46 et s. — N.R.H.D., 1925, p. 524. *Compte rendu des journées d'Histoire du droit* (de Visscher). — De Visscher, *La lex Poetelia Papiria* Mél. P. Fournier, 1929. — Cuq *Institutions juridiques des Romains*, tome I. — Rigaud, *Le droit réel*, thèse, Toulouse, 1912. — De Visscher, *Mancipium et res Mancipi*, *Studia et Documenta Historiæ et juris* 1936, p. 263-324. — Noailles, *Communication aux journées d'Histoire du droit de 1936*. N.R.H.D., 1936, p. 414. — Huvelin, *Dictionnaire d'antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio*, au mot obligatio. — Huvelin, *Magie et droit individuel dans Année sociologique*, tome X. — Chevrier, *Le serment promissoire en droit romain*, thèse, Dijon, 1921, pages 21-28, 35-57, 72. — Girard, *Manuel*, 8^e éd., p. 517, n. 1 et 518, n. 2. Renvoyons aussi à Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, qui voit, dans le milieu social dans lequel l'individu vit, « quelque chose d'énorme ou plutôt d'indéfini » qui pèse sur sa volonté, ensemble de croyances et de superstitions.

(26) Voir ci-dessus : Introduction.

Dès lors le seul problème qui se pose est de savoir comment peut prendre naissance cette union morale ; faut-il que l'échange des consentements soit fait au même instant ou tout au moins que l'offre émanant d'un contractant éventuel soit faite à personne déterminée, ou au contraire une personne peut-elle lancer dans le public une déclaration qu'elle s'engage à tel propos, sans savoir envers qui elle deviendra débitrice ? C'est à résoudre cette question que la conception objective de l'obligation est utile.

Les deux premières hypothèses ne soulèvent aucune difficulté et c'est pour justifier la possibilité de la troisième qu'il faut recourir à l'idée présentée par Saleilles et qui consiste à voir dans l'obligation une valeur passive. L'obligation est alors caractérisée par son objet, par la détermination de la dette qui devra être acquittée : quelqu'un a pris l'engagement d'effectuer une prestation dont il a lui-même défini l'étendue, il y a dette de sa part mais au profit de qui ? Quel va être le créancier ? C'est ici que l'obligation se rapproche du droit réel ; le premier geste de celui qui va se déclarer créancier sera celui d'un propriétaire qui acquiert une chose par occupation ; la dette existe à l'état de valeur passive, à l'état de « *res* » il suffit de s'en emparer, de la ramasser. Parfois une nuance se présente : celui qui devra être créancier est choisi par celui qui se déclare débiteur ; c'est ce qui se produit dans la stipulation pour autrui, où le débiteur (stipulant) dépose, peut-on dire pour s'exprimer de manière imagée, la dette, que devra payer le promettant, à la porte du bénéficiaire, mais sans frapper ; tant que ce dernier n'aura pas pris cet objet (qui est alors un peu plus qu'une chose abandonnée sur la voie publique et qui semble lui être particulièrement

destiné) pour l'emporter dans sa maison et le placer dans son coffre, le stipulant aura le droit de le reprendre pour lui-même ou de le porter à l'entrée d'une autre demeure, car il faudra bien qu'un jour le créancier soit désigné pour que l'obligation soit juridiquement réalisée et que quelqu'un puisse s'en prévaloir (27).

L'obligation, dans sa formation, présente donc une analogie certaine avec le droit réel, il faut le reconnaître, en ce sens que l'objet est défini une fois pour toutes, que le créancier devra l'accepter tel qu'il est, comme l'occupant prend la chose dans l'état où il la trouve ; c'est donc par une *adhésion* que le consentement du créancier est donné et le contrat, qui dès lors sera formé, mériterait, techniquement, le nom de contrat d'adhésion. Mais le rapprochement avec le droit de propriété s'arrête là (28) : on ne dit pas, ce serait une ineptie, que le propriétaire par occupation adhère à la chose qu'il trouve, tandis que celui qui recueille l'objet d'une obligation, si l'on veut le propriétaire de cette valeur passive, adhère à la proposition qu'elle représente de la part du débiteur. Et dès lors l'obligation ainsi engendrée n'est autre qu'un lien personnel entre le débiteur et le créancier, et même un lien de droit qui rentre avec facilité dans la définition donnée, selon Bouteiller. Comme l'écrit, en effet, Lerebours-Pigeonnière (29) : « L'objectivité vers laquelle tend R. Saleilles ne provient donc pas de ce que la dette cesse d'être une prestation person-

(27) Voir dans : « L'œuvre juridique de Raymond Saleilles » l'article de Paul Lerebours-Pigeonnière : La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté, p. 404-405 et aussi p. 403.

(28) On voit qu'il y a là une grosse différence, avec l'obligation incrustée dans le droit réel telle qu'on l'a constatée en parlant des origines de l'obligation ; ici le droit réel n'est invoqué que pour expliquer le mécanisme de la création de l'obligation.

(29) Article cité, p. 402.

nelle mais de cette considération que la promesse d'un service volontaire, dans la généralité des cas, peut engager indifféremment n'importe qui, au profit de n'importe quel créancier. » Un peu plus loin, il écrit encore (30) : « S'il est vrai qu'une fois créée, l'obligation circule comme une valeur objective, son existence et son étendue n'en restent pas moins, par nature, en relation intime avec la volonté psychique dont elles découlent. » Cette conception objective de l'obligation ne détruit donc nullement la théorie de l'obligation, union morale et lien personnel, telle qu'on l'a vue, dégagée de ses origines. Elle est extrêmement utile pour expliquer plusieurs cas d'obligation admis ou qui devraient être admis par le droit (31). Et la notion de cause, garantie, on l'a vu, du principe de la liberté de s'obliger, s'appliquera encore ici ; prenons par exemple le cas de la promesse de récompense : ce n'est pas pour qu'il y ait, à un moment donné, communication entre son patrimoine et celui du promettant que telle personne rapporte l'objet trouvé ; son engagement a sa cause dans le paiement qui doit lui être fait de la récompense, de même que le promettant ne s'engageait point pour le seul plaisir de décaisser, mais par un ardent désir de récupérer l'objet perdu.

Cette conception objective de l'obligation a eu le grand mérite de nous montrer un exemple frappant où le lien personnel résulte d'une adhésion totale à une proposition bien définie et limitée. C'est un point excellent et il est permis de déplorer qu'il ait fallu pour l'établir employer cette terminologie, car on se trouve, en réalité, en pré-

(30) Id., p. 424.

(31) Déclaration de volonté, stipulation pour autrui, cession de dette, obligation constatée par le titre au porteur. Cf. Lerebours-Pigeonnière, article cité p. 407-417.

sence d'une promesse qui contient un seul des éléments de l'obligation, celui qui deviendra la dette. Et, de plus, le consentement, en dernier ressort, est toujours l'adhésion à une proposition (32), c'est surtout ce qu'il faut retenir, en se rappelant l'excellente définition de Prévot de la Jannès qui voit dans le contrat une *promesse acceptée* (33). Ainsi se dégage merveilleusement l'idée que chacun a usé de sa liberté de s'obliger, l'un en disant : je propose ceci, l'autre en répondant : oui et l'on est du même coup autorisé à définir le consentement comme un état d'âme.

§ 3

LE CONSENTEMENT DÉFINI COMME UN ÉTAT D'ÂME

On vient de voir, qu'en réalité, le consentement était une adhésion ; on a retenu que la cause était sa raison immédiate (34) ; il en résulte que rien n'est plus naturel que de caractériser la cause en disant qu'elle est « la raison immédiate de l'adhésion à l'obligation. » Et si l'on peut soutenir que le consentement, quand il dit oui, est la révélation d'un état d'âme, par suite cet état d'âme lui-même, il nous faut pour l'analyser, rechercher les motifs qui le baignent et plus spécialement la cause qui le provoque.

Par suite les développements qui vont suivre ne pré-

(32) Cf. Capitant, Cours élémentaire, t. 2, n° 24. Cf. supra, ch. 2, § 2, ce qui est dit de la stipulation, de son maintien, non comme contrat formaliste, mais comme moyen de réaliser le contrat ; voir surtout Pasquier.

(33) Cf. supra, ch. 2, § 3.

(34) Supra, § 1.

sentent pas de difficultés ; aucune discussion ne les accompagne ; leur but est simplement de constatation, afin de prouver l'exactitude de l'idée émise. Il suffira de citer quelques textes particulièrement significatifs et de cueillir dans les recueils de jurisprudence quelques exemples parmi les plus probants. Pour ainsi arriver à justifier cette idée que la cause, et cela sans distinguer entre les actes à titre onéreux et les libéralités, est « *la raison immédiate de l'adhésion à l'obligation* » on ne peut mieux faire que de s'aider du remarquable ouvrage de Capitant, et le lecteur voudra bien excuser ce qu'il jugera peut-être un abus, en reconnaissant dans les lignes qui suivent les larges emprunts, qu'il nous est impossible de ne pas faire à ce remarquable livre, comme base de la démonstration qu'on se propose.

La cause, dit-on justement, est, dans les actes à titre onéreux, la contre prestation et nous avons vu plus haut en rappelant les textes de Prévot de la Jannès (35) qu'il était nécessaire, pour qu'il en soit vraiment ainsi, que cette contre-prestation soit accomplie selon l'intention des parties. C'est ce qu'on exprime en disant que « la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour (36) ». Et reproduisons ici le passage si clair de Labbé (37) : « L'acheteur s'oblige à payer

(35) Supra, ch. 3, sect. 3, § 2.

(36) Capitant, p. 30-31. Cf. : Un attendu de la Cour de Cassation Civ., 22 nov. 1921. Gaz. Palais, 22 déc. 1921 « que dans une convention synallagmatique l'obligation de chacune des deux parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie », cité p. 36. La définition de Gaudemet, citée p. 32, note 1 : « La cause est la raison d'être économique de l'obligation ». Nous préférons celle de Brissaud : « La cause est ce qui détermine d'une manière directe et immédiate la volonté de l'agent », citée, toujours dans Capitant, en note p. 26.

(37) Etudes sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due, p. 118, n° 101 ; reproduit avec plus d'extension encore dans Capitant, La Cause, p. 31-32.

un prix, pour avoir en sa possession ou dans son domaine la chose par lui achetée. Le vendeur s'oblige à procurer la chose avec toute son utilité pour avoir le prix. Cela est si vrai que le vendeur qui livrait la chose avant le paiement du prix, était, dans la plupart des cas, réputé subordonner la translation de la propriété au paiement du prix ; il retenait la propriété afin d'avoir un moyen de reprendre la chose si le prix n'était pas payé. Donc une créance contre l'acheteur n'était pas son but ; l'avantage en vue duquel il avait consenti, son motif déterminant, la cause impulsive de sa volonté était l'acquisition de la somme fixée comme prix. Pourquoi l'intention de l'acheteur serait-elle interprétée différemment ? Pourquoi l'acheteur se contenterait-il d'acquérir une créance et n'envisagerait-il que ce résultat ? Non l'acheteur veut acquérir la chose, avoir la *possession utile* de la chose (38), c'est le résultat en vue duquel il contracte. S'il n'arrive pas à ce résultat son obligation manque de cause ; la cause impulsive de sa volonté s'est évanouie. »

Il résulte bien de ces citations que la cause est un élément subjectif, distinct de l'objet, et l'ambition est légitime des juristes de vouloir le définir, condenser ce qu'il exprime dans une formule qui serait acceptée par

(38) Le terme de possession utile employé par Labbé appelle, croyons-nous, une remarque qui ne peut que donner, à ce texte déjà si clair en lui-même, plus de relief. Nos ancêtres barbares voyaient dans la vente le transfert de cette possession utile et le réalisait par un formalisme qu'on a qualifié de descriptif (voir supra, introduction). Ainsi en tant qu'il produisait des effets entre les parties, ce formalisme descriptif est remplacé, dans notre droit moderne, par la notion de cause qui assure, à son tour, le transfert de la possession utile et explique, comme lui, les effets du contrat. (Car en tant qu'il rendait l'acte opposable aux tiers, un tel formalisme est remplacé aujourd'hui par la transcription). Une telle remarque nous invite à penser que l'évolution du droit s'est faite dans le sens d'une analyse subjective de la pensée des parties (que nos ancêtres reconnaissaient peut-être intuitivement), mais qu'il n'y a rien de nouveau sous le soleil : Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme.

tous, et valable pour toutes les espèces de contrats, au lieu de le paraphraser, très justement et souvent même très heureusement, par des expressions diverses : but, résultat, motif déterminant, raison d'être économique, chose qui détermine la volonté, etc. On s'en convaincra beaucoup mieux encore en raisonnant sur les termes de « cause finale » ; on peut remarquer que l'association de ces deux mots présente quelque chose de choquant : la cause évoquant un fait du passé (motif) et le mot final un fait de l'avenir (but) par rapport au moment de la naissance du contrat. Mais cette observation, si elle justifie l'abandon de cette expression, cause finale, n'altère en rien la notion même de cause ; car celle-ci, en fin de compte est bien un motif, mais motif d'un genre spécial et, de ce fait, si elle est la considération du but à réaliser, elle est aussi un élément psychologique de la volonté, qui existait, avant le contrat, dans l'esprit de celui qui s'engage, pour provoquer son consentement. Pour la caractériser d'un mot, qui ne soit point critiquable parce qu'évoquant l'idée d'un temps précis, il faut recourir au mot raison et l'assortir du qualificatif immédiate (39). Et ce terme immédiate n'évoque pas seulement l'idée du moment même où l'engagement est pris, car la raison ainsi qualifiée est bien concommittante au consentement, en ce sens qu'elle est présente à l'instant même où il est donné et que ses effets ont cet

(39) Ces mots « raison immédiate » résument ce qu'on écrivait supra ch. 3, sect. 3, que la cause est la raison d'être du consentement en même temps que le but qui devra être atteint quand le contrat se réalisera dans son objet. C'est ce que la jurisprudence de l'arrêt Plagnes (supra, ch. 3, sect. 2, § 3 in fine) désignait par cause finale : dans l'espèce la prétrise du donataire, motif de la libéralité, était sa cause finale « nécessairement finale parce qu'elle était seule ». De même, dans l'acte à titre onéreux, le déplacement de valeur « n'est pas un but en lui-même mais seulement le moyen d'atteindre un but » Capitant, p. 168, note 1.

instant pour point de départ, il évoque aussi de manière parfaite l'état d'âme du contractant qui attribue à cette raison immédiate tous les effets de l'engagement qu'il prend, tous les actes dont l'adhésion qu'il donne lui impose l'accomplissement. La cause est donc bien définie, si l'on dit qu'elle est la raison immédiate de l'adhésion à l'obligation (40).

Et étant ainsi l'expression même de l'état d'âme de ceux qui s'obligent, on conçoit que la cause dépasse parfois la notion de contre-prestation, de « *possession utile* » de la prestation promise : ou plutôt elle reste cette possession utile mais accompagnée d'une qualité qui ne se retrouvera pas forcément dans tous les contrats : ainsi le cas où l'objet de la vente doit être d'une certaine nature, un fief dans l'exemple donné par Prévot de la Janès (41), le cas où le paiement du prix doit, par exemple, revêtir ce caractère d'être ponctuel et ne pas être fait après un certain délai (42), le cas où l'on se trouve, non plus en présence d'un rapport synallagmatique mais d'un engagement pris en vue d'éteindre une dette préexistante ; dans cette dernière hypothèse, il y a eu déjà une

(40) Et cette définition vaudra même au cas où l'obligation se présente, selon Saleilles, comme une valeur passive (conception objective), car en ce cas celui qui se déclare débiteur (déclaration de volonté, promesse) a, de ce fait adhéré à l'obligation sans savoir encore à qui elle profitera ; et cette adhésion a bien sa cause dans le désir du déclarant de voir le but réalisé, but qu'il a lui-même défini. Admettre la déclaration de volonté, ce n'est donc point contraire à la notion de cause et, en conclusion, voir *infra*, on a tenté de rédiger les articles 2 et 3 dans le sens d'une consécration de la déclaration de volonté : art. 2 : toute promesse sérieusement énoncée..., etc... art. 3 : La liberté en vertu de laquelle... le promettant ou le contractant accepte ou refuse le devoir juridique qui lui incombera... C'est donc qu'avant l'adhésion du créancier il y a une première adhésion du déclarant du fait même de sa déclaration. Saleilles écrit : « La parole oblige tant qu'une parole contraire ne vient pas la détruire avant qu'elle ait produit ses effets de droit » (ouvrage cité, p. 123. Cf. Le-rebours-Pigeonnière, article cité, p. 425).

(41) *Supra*, ch. 3, s. 3, § 2.

(42) C'est l'hypothèse émise par Dumoulin, *supra*, ch. 3, s. 3, § 2.

prestation ou tout au moins les parties le croient et font de cette croyance la cause de leur convention. Et dans ces cas où la prestation doit se présenter avec une certaine qualité, celle-ci peut avoir été désirée par un seul des contractants qui, seul a intérêt à ce que la prestation soit telle ; il faut alors pour que cette raison immédiate d'un seul devienne la cause du contrat qu'elle ait été connue de l'autre partie qui, de ce fait, y a consenti. Il peut en découler pour conséquence qu'un seul aura, dans une telle hypothèse, intérêt à demander la résolution mais si l'on voit dans le consentement un état d'âme, une telle éventualité s'explique facilement.

Comme exemple de recherche de l'état d'âme des parties, on peut ici rappeler l'arrêt Domino du 28 janvier 1913 (43). Un ouvrier Domino, précédemment victime d'un accident du travail, avait passé un nouveau contrat, croyant être seulement frappé d'une incapacité légère ; un nouveau rapport médical lui apprend que cette incapacité est plus grande et telle qu'elle lui interdit de faire le travail pour lequel il a loué ses services. Le contrat est annulé, sur sa demande pour erreur sur la substance, singulière méthode, à vrai dire, qui fait de l'ouvrier lui-même la substance du contrat de travail, quand il était si simple de dire qu'il y avait erreur sur la cause. La raison immédiate de l'adhésion à l'obligation donnée par Domino était en effet d'obtenir un paiement (contre-prestation) conforme au travail qu'il s'engageait à fournir, mais celui-ci devait être d'une certaine qualité définie par le degré d'incapacité légère dont Domino se croyait atteint. C'est la considération de cette qualité du travail à fournir qui était la cause de son engagement. Il n'y avait là peut-être qu'un motif mais l'employeur le

(43) Cass. Civile, Sirey, 1913-1, p. 487.

connaissait parfaitement (et de son côté d'ailleurs, la raison de son obligation était analogue, à savoir qu'en contre-partie du paiement dont il s'acquitterait, Domino accomplirait un travail conforme à son degré d'incapacité). Or l'incapacité véritable venant à être révélée postérieurement, il en résulte que la croyance à une incapacité moindre était erronée et constituait une fausse cause devant entraîner l'annulation du contrat.

La recherche de l'état d'âme des parties doit donc être entreprise dans les contrats à titre onéreux (44). Cela est plus évident encore pour les libéralités, où sans elle, l'*animus donandi* n'aurait pas de soutien. Sur ce point la jurisprudence moderne est la même que celle de notre ancien droit et s'exerce surtout à propos des conditions apposées aux donations (45). On le constatera en faisant état d'un arrêt récent particulièrement significatif.

C'est l'arrêt rendu au profit des Sœurs de Saint-Vincent de Paul par la Chambre des Requêtes, le 30 octobre 1934 (46). Il concerne une fondation réalisée par voie testamentaire. Un legs était fait à une succursale non spécialement autorisée de l'établissement charitable en question pour établir un orphelinat dans le lieu de cette succursale et dirigé par elle. Un tel legs n'était-il pas nul pour incapacité du légataire, et, si on le considère comme fait à la maison mère, ne peut-on dire qu'il y a personne interposée ? L'arrêt valide ce legs en y voyant

(44) La cause est encore parfois le résultat nécessaire que les parties n'ont pu écarter en contractant : Cassation Civile, 5-12-1911, S. 1913-1, p. 497 : « Le contrat qui a pour résultat nécessaire de faire salarier un fonctionnaire chargé d'un contrôle public par la personne même qui devait être contrôlée a une cause illicite. »

(45) Rapprocher de la condition la charge ou faculté d'élire. Civ. 12 août 1863, Req. 13 juin 1899 dans *Capitant* : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, p. 536.

(46) *Sirey*, 1935-1-281, note *Gény*.

une libéralité faite à la maison mère, avec la charge suivante, parfaitement licite et qui tenait lieu de cause, que le profit du legs irait à une succursale dénommée afin d'y entretenir un orphelinat (47). L'espèce est intéressante car elle a résolu les deux difficultés de savoir comment attribuer un legs à une communauté (la succursale des Sœurs de St-Vincent de Paul) non existante légalement et comment permettre à celle-ci d'en jouir bien qu'elle n'acquiert une personnalité distincte qu'après la survenance du legs. Et c'est la notion de cause, soutien de la volonté du disposant qui a permis de résoudre ces difficultés. Il y avait bien là recherche de l'état d'âme du disposant, et en même temps, souci d'assurer la réalisation de son intention profonde. Dans cet arrêt, on ne saurait véritablement qu'approuver le juge d'avoir suivi le conseil de Dumoulin de « ne pas prendre un texte crument et à l'escorce (48) » et (49).

On ne saurait, enfin, terminer ces quelques développements qui ont eu pour but de mettre l'accent sur l'état d'âme de ceux qui s'obligent sans rappeler l'article 1.262 du Code Civil espagnol de 1889 qui, écrit Capitant (50), déclare que « le consentement se manifeste par le concours de l'offre et de l'acceptation sur la chose et la cause qui doivent former le contrat ». Une telle formule résume fort bien ce qui a été dit en ce paragraphe.

(47) La réalisation de cette charge est elle-même soumise à deux conditions, l'une générale et toujours requise, que l'établissement des Sœurs de Saint-Vincent-de-Paul obtiendra de l'administration l'autorisation d'accepter, l'autre spéciale, que la succursale sera reconnue comme personne morale distincte.

(48) Dumoulin : Sommaire du livre analytique des contrats, tome II des Opera Omnia, p. 341.

(49) Sur le soutien nécessaire à l'*animus donandi*. Cf. Hamel, La notion de cause dans les libéralités, thèse page 255 et le passage qu'il cite de Planiol.

(50) Ouvrage cité p. 161 ; sur la cause dans les législations étrangères, lire le chapitre que consacre l'auteur à cette question.

§ 4

LE CONTENU DU CONTRAT, ÉLÉMENT LÉGAL D'ORDRE PUBLIC

Si le juge a ainsi le pouvoir d'interpréter la volonté des parties, de sonder leurs sentiments, afin d'assurer la réalisation de ce qu'elles ont exactement désiré, faut-il lui laisser un champ d'investigation entièrement libre et l'inviter à user de plus grandes prérogatives ? Les trois paragraphes précédents eussent suffi à déterminer le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile puisqu'ils nous apportaient la justification du principe de la liberté de s'obliger et l'explication de la notion de cause ; mais la question du pouvoir du juge doit être résolue, car, sous couleur d'interprétation, n'est-ce pas à une modification de la volonté des parties, donc à un changement dans la teneur du contrat que l'intervention du juge est susceptible d'aboutir ?

Les motifs de s'obliger, a-t-on dit, constituent un domaine réservé dans lequel ne doit point pénétrer le juge ; mais une affirmation aussi tranchée est impossible à soutenir puisque, on l'a vu, dans le cas des libéralités en particulier, le juge doit établir une sorte de hiérarchie entre les motifs qui ont pu décider le disposant, afin de déclarer lequel a été déterminant ; s'il est reconnu que l'auteur de l'acte libéral l'eût maintenu bien que la condition qu'il y a apposée ne se réalise point, parce qu'illicite par exemple, ou qu'au contraire il attribuait à cette condition une valeur telle qu'il n'a donné que dans le but de la voir accomplie, il en résulte que dans le premier cas « le seul plaisir de faire du bien »,

dirait Domat (51), est une suffisante cause tandis que dans le second cas, un autre motif est à considérer. Les magistrats, à qui se posent ainsi des questions d'intention sont nécessairement juges des motifs. Il est donc indispensable de connaître exactement leur pouvoir.

Précédemment, on a pu ainsi qualifier le motif : « force subite qui agit sur la volonté comme une tentation » (52). Constituer le juge appréciateur souverain des motifs serait lui reconnaître le droit de les condamner au nom de la morale et de rechercher par tous les moyens à porter sur eux le jugement de valeur qui les accepte ou les rejette. La fonction du juge ne serait plus seulement d'interpréter mais aussi de punir ; le contractant qui se présenterait devant lui serait par certains côtés, un pénitent. Et l'on pourrait poursuivre, comme un rêve, le développement de cette idée qui, réalisée, ne manquerait pas, dirait-on, de porter des fruits excellents, d'avoir, sur les relations humaines, un effet moralisateur de la plus haute portée. C'est là un idéal qu'on peut avoir : l'appareil de la justice se mettant au service de la loi morale et réprimant les tentations humaines. Mais il y a à cet idéal deux obstacles : c'est que le plaideur ne ressemble en rien au croyant qui, humble de cœur et pauvre en esprit, fait l'aveu de ses fautes et c'est aussi que le juge, s'il a réellement pour mission de rechercher le for intime de son patient, du disposant, par exemple afin de désigner, parmi plusieurs motifs, celui qui doit être élevé au rang de cause, n'est pas le vicaire d'une religion : il parle au nom d'une loi dont la laïcité est un principe fondamental en dépit du désir légitime qu'on peut nourrir de la voir se rapprocher de

(51) Supra, ch. 3, s. 3, § 1.

(52) Supra, ch. 3, s. 3.

plus en plus de la morale chrétienne. Il est exact de dire que le juge est le serviteur de la morale, il est bon de glorifier ce rôle qui grandit sa mission, il serait souhaitable que, dans chacun de ses actes, on discerne le respect de cette morale, mais il est dangereux de faire de lui le dépositaire de la morale. Dès lors ce qu'on refuse au juge d'accomplir au nom de celle-ci — en raison de l'arbitraire qu'il faudrait lui reconnaître — à savoir de changer le contenu d'un contrat, on est en mesure également de le lui refuser lorsqu'il agit au nom de la loi sociale, de l'ordre public. Le juge doit trancher les questions qui lui sont soumises et non refaire les règles écrites dans ce qu'on nomme la loi des parties ; il annulera ou il validera, selon que l'obligation est ou non contraire à l'ordre public dont il doit assurer le respect.



Si les allusions ci-dessus ont été faites, c'est parce que le juge fut invité à s'emparer d'un tel pouvoir au nom de la morale sociale et de l'ordre public économique (53), selon la théorie de plusieurs auteurs.

M. Ripert, sans l'admettre, consacre de longs développements à cette thèse d'après laquelle toute personne doit justifier des motifs qui la font agir ; il ne s'agit pas, bien entendu, d'en faire un aveu public et circonstancé mais « dès que le soupçon naît que son acte est ou peut être anti-social, il lui appartient (à l'homme) de justifier sa conduite (54) ». Une telle exigence aboutit à la

(53) L'ordre public économique existe bien et l'Etat le définit dans les lois concernant « la production, l'échange, la distribution des richesses » malheureusement trop changeantes. Voir Ripert, *Le régime démocratique*, ch. V, n° 140.

(54) Ripert, *Le régime démocratique*, ch. IV, n° 119, p. 231. On ne peut user de son droit que conformément « au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité » (même référence). Cf. Saleilles, *De la déclai-*

négarion du droit individuel, de cette idée que le contenu du contrat est l'œuvre des parties : « Si on prétend que l'homme doit exercer ses droits en conformité de l'intérêt social, et que la prérogative individuelle suppose le consentement de la communauté, on ne dégrade pas seulement le droit individuel, on le supprime (55) ». Dès lors comment qualifier le contenu du contrat ? Si ce que les parties ont mis dans leur accord, n'est pas conforme au « consentement de la communauté », on le supprimera et on le remplacera par un contenu conforme à la volonté générale, c'est-à-dire à la loi ; le contenu du contrat devient un élément légal et comme les parties ne peuvent déroger à ce que leur impose la volonté générale, il est aussi d'ordre public (56).

ration de volonté, sur l'art. 133. C. civ. all., p. 229, n° 88 : « Le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit, mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part que le contrat doit être interprété et appliqué. » Et Saleilles, dans ce but fait confiance au juge, sur l'art. 138, du C. civ. all. n° 1 : « Le juge... est, avant tout, le gardien des intérêts généraux en ce qui touche le maintien de la moralité publique. ». Sur l'exposé de cette doctrine qui prétend que la conception des droits individuels a fait son temps, doctrine de la relativité des droits subjectifs, lire Ripert, Le régime démocratique, ch. IV, n°s 119 et ss.

(55) Ripert, même ouvrage, n° 122, p. 237.

(56) Comme l'écrit M. Ripert, ouvrage cité, p. 303 : « Il faut se soumettre ou se démettre ». On peut donner des exemples : Vente du fonds de commerce, louage d'immeuble ; mesures prises dans l'intérêt des viticulteurs et de la production agricole ; enfin les contrats de travail et de transport, ceux qu'on appelle contrats d'adhésion. Et c'est l'occasion de constater ici l'inexactitude absolue de cette expression vis-à-vis des contrats qu'elle prétend qualifier. Tous les contrats sont d'adhésion, on a pu le constater au § 2 de ce chapitre, sauf précisément ceux-là ; car ils ne s'expliquent nullement par la subordination d'un contractant plus faible à un autre étant donné qu'ils sont imposés par la loi. Le travail notamment, a toujours eu besoin d'une charte, il suffit de se rappeler le régime des corporations dans l'ancienne France et l'on n'avait jamais éprouvé le besoin de dire, comme on le fait aujourd'hui, que la législation du travail était un échec à la liberté contractuelle. Cette idée n'avait pas de fondement. Sur ces questions voir Ripert, Le régime démocratique, p. 273-303.

Ce contenu du contrat auquel on ne peut déroger, fixé par des lois qui se déclarent elles-mêmes d'ordre public, a du moins le mérite de renseigner les parties sur ce qu'exactement elles doivent faire et du même coup leur fait connaître quelles sont les clauses illicites, si elles étaient tentées d'en introduire une de ce genre. C'est un échec caractérisé à la liberté contractuelle : l'instrument de destruction du contrat a toujours été connu, c'est la notion d'ordre public ; « il suffit de savoir s'en servir (57) » et le législateur moderne n'éprouve aucun scrupule à en abuser. Tout cela nous révèle une transformation de l'obligation, ou tout au moins l'adjonction aux sources des obligations précédemment connues, d'une nouvelle source, la loi, dont la croissance ne s'arrête pas.

Pour concilier cette transformation, avec le principe de la liberté contractuelle il y avait, pensait-on, un moyen ; c'est celui de recourir au juge qui mettra sur le compte de l'interprétation de la volonté des parties, les modifications qu'il fera subir au contenu du contrat, exigées par les circonstances économiques nouvelles. Mais la jurisprudence française s'est refusée à entrer dans cette voie (58) ; il a fallu que le législateur intervienne et les tribunaux alors ont été obligés d'obéir à ses commandements. On ne saurait trop souligner ce

(57) Ripert, même ouvrage, p. 274. Le législateur « propose à l'adhésion des intéressés des types rigides ou semi-rigides » dit l'auteur n° 138, p. 272. Ce qui est le plus à déplorer c'est l'instabilité de ce nouvel ordre public, qui change presque constamment, tant la législation est abondante ; alors que le contrat prémunirait les parties contre ces modifications continuelles. (Voir spécialement Ripert, n° 143, p. 280). Il faudrait porter la hache dans le désordre législatif. Autre preuve de l'immixtion du législateur dans le contrat : il déclare la clause illicite non écrite (même page, n° 145, p. 285).

(58) Cf. jurisprudence de la Cour de Cass. à propos de l'imprévision. Voir sur ce point Ripert, *Le régime démocratique*, nos 155 et 156.

que cette attitude a d'avantageux ; ainsi les parties sont encore protégées contre l'arbitraire du juge, et la loi est obligée elle-même de dire quelles sont les dispositions d'ordre public (59) ; ainsi, au moins théoriquement, le maintien de l'adage « Tout ce qui n'est pas défendu est permis » se trouve assuré, au lieu que, sous prétexte d'une conciliation opérée par le juge la volonté des parties risquerait d'être dénaturée.

Mais cette extension des pouvoirs du juge est une question qui divise les auteurs ; si l'on n'en est pas partisan, on comprend mal ce qu'écrit M. Lerebours-Pigeonnière (60) : « Le juge invoqué par les contractants en désaccord est toujours pour R. Saleilles un conciliateur qui doit, à l'occasion, compléter, préciser les clauses contractuelles qui lui sont soumises en s'inspirant de considérations (et notamment de considérations morales) extérieures à leur volonté intime, en rapport avec les circonstances objectives ». Il est indéniable qu'un arbitre pourra prendre une certaine liberté avec le texte du contrat et imposer aux parties une solution bancaire qui les satisfera toutes deux dans une certaine mesure ; mais si les contractants veulent bien que leur litige soit ainsi solutionné, ils n'ont qu'à compromettre. Un tel pouvoir ne saurait être donné au juge et il est d'une imprécision manifeste de dire qu'il s'exercera « à l'occasion » ; cela, en effet, ne définit point les directives auxquelles l'interprétation du juge devra être soumise. De plus, un juge n'est jamais « invoqué », ainsi que l'est un arbitre ;

(59) M. Meynial dans son Compte rendu de l'ouvrage de Saleilles, *Revue Trim.* 1902-1, se déclare adversaire convaincu de l'élargissement des pouvoirs du juge. Pour ce qui est de la notion d'ordre public, elle existe dans toute législation. Ce qui est seulement critiquable c'est l'hypertrophie de son contenu.

(60) Dans « l'Œuvre juridique de Raymond Saleilles », article cité p. 429.

quand les parties se présentent devant lui, c'est chacune avec l'espoir qu'elle le convaincra que son droit doit être totalement reconnu aux dépens de celui de l'adversaire : on n'invoque pas la médiation d'un juge, mais on prétend obtenir de lui consécration de sa prétention. Sa mission doit, en définitive, rester toujours la même : ou annuler ou valider mais non pas modifier. Elle s'exercera dans le respect de la volonté des parties, en essayant de lui faire produire effet, dans la réalité, selon ses desseins, à moins que ceux-ci ne se heurtent à une disposition prohibitive de la loi. L'interprétation d'un acte juridique par le juge doit toujours demeurer servie de la volonté de ceux qui l'ont accompli, en recherchant le sens exact de cette volonté derrière son expression, qui peut ne pas être d'une clarté aveuglante.



Ainsi malgré la transformation de la théorie générale de l'obligation, par laquelle on constate que l'obligation devient souvent une création de la loi, au lieu d'être le résultat d'un concours de volontés, malgré cette transformation qui contredit la « vague réputation de perfection et d'immobilité (61) » qu'avait cette théorie, il a été possible de soutenir que les règles qui gouvernent l'interprétation des actes juridiques par le juge ne doivent point subir d'extension. Cette première opinion dégagée nous incite à en rechercher une autre plus générale et plus complète, portant sur l'idée même de transformation du droit civil dans la matière des obligations.

(61) P. Lerebours-Pigeonnière, article cité p. 400.

§ 5

QU'EST-CE QUE LA TRANSFORMATION DU DROIT
DES OBLIGATIONS ?

Indiscutablement une évolution du droit civil s'est produite et s'accroît encore sous nos yeux, dans le sens d'un déclin du contrat désormais soumis à la « destination économique et sociale (62) » que lui impose la volonté générale. Il serait vain de la nier et il est impossible de la méconnaître ; la difficulté est de savoir qu'en penser. Comme l'écrit M. Ripert, constatant qu'une évolution est toujours présentée comme fatale (63) : « On se garde de rechercher ce qui peut demeurer constant dans les sentiments humains, pour étudier seulement ce qui change ». Le droit des obligations évolue-t-il tout entier ou bien le changement qui s'opère ne laisse-t-il pas subsister des principes invariables ?

Les auteurs pour qui l'évolution, telle qu'on l'a précédemment retracée dans ses grandes lignes, deviendra bientôt le droit de l'avenir sont évidemment les partisans d'une transformation complète du droit civil, qui fait du droit individuel une fonction sociale et qui dissout « l'individu dans la collectivité (64) ». L'exercice de chaque droit est interdit s'il présente un caractère anti-social et la naissance elle-même du droit sera régle-

(62) Ce sont les termes mêmes du Code des Soviets, art. 1^{er} cité dans Ripert, *Le régime démocratique*, n° 120.

(63) *Le régime démocratique*, n° 32, p. 59.

(64) Meynial, *Compte rendu de l'ouvrage de Saleilles*, *Rev. trim.*, 1902-1, p. 558, qui se déclare l'adversaire des doctrines anti-individuelles.

mentée afin que le droit créé soit conforme à l'ordre public économique tel que la société l'impose. D'autres auteurs, idéalistes, enseignent que le droit naturel domine le droit positif ; mais c'était sur ce droit naturel qu'on se fondait autrefois pour justifier l'assimilation du contrat à la loi, et le principe exorbitant de l'autonomie de la volonté était considéré comme un principe de droit naturel. Dès lors maintenant que l'évolution du droit des obligations se fait en sens contraire de l'individualisme, comment soutenir qu'elle est conforme au droit naturel immuable car on a longtemps considéré ce dernier comme tel ? La solution consiste à dire qu'il ne faut pas déterminer avec trop de rigueur le contenu du droit naturel et on arrive à concevoir un droit naturel à contenu variable ou plutôt à contenu progressif (65). Mais à quoi peut donc servir un droit naturel de ce genre, si, n'étant plus un ensemble de règles stables et impératives, il cesse d'être « une conception du monde imposée par la morale chrétienne ? (66) ». Il n'est qu'un moyen d'expliquer et même de justifier par un principe soi-disant supérieur les innovations du droit positif, lesquelles, dès leur mise en vigueur, sont conformes au droit naturel ; et c'est là une vérité qu'il faut accepter sans se donner la peine inutile de la vérifier. De plus l'idée que le droit évolue aboutit à un résultat semblable, car cette évolution n'est pas changement mais progrès social ; toute transformation du droit est donc juste à priori, parce qu'elle est un progrès et qu'elle est nécessairement conforme au droit idéal dont beaucoup de juristes proclament encore l'existence.

(65) Voir Ripert : Le régime démocratique n^{os} 31 et 32.

(66) Ripert, même ouvrage, ch. 1, n^o 30, p. 56. Sur ces questions effleurées ici consulter « Le régime démocratique... », ch. 1 et « La règle morale... », introduction.

Ainsi, il est de ce fait impossible aux juristes de prononcer sur les innovations du législateur un jugement de valeur ; pour les uns, ceux qui croient à l'avènement du droit social, la transformation du droit dans ce sens est une idée-force et la preuve d'une évolution bienfaisante en même temps qu'imposée ; pour les autres, ils se consolent, en pensant que toutes les lois nouvelles sont l'expression d'un droit supérieur dont ils affirment l'existence. Il n'y a dans ces deux attitudes rien de dangereux pour le législateur, rien qui permette de freiner son action : car la première est un encouragement non déguisé, et la seconde est un blanc seing délivré par l'indifférence : et les indifférents sont des esclaves. Tandis que le droit naturel était jadis le thème soutenue par les juristes contre les abus possibles et les égarements du pouvoir absolu, n'est-il donc plus possible de rien invoquer maintenant contre ces mêmes abus et ces mêmes égarements qui peuvent être ceux de la volonté générale, car celle-ci, en démocratie, n'est autre que la loi du nombre et la loi du nombre n'est pas forcément juste ?

Ceux qui ne donnent pas leur adhésion au clan des partisans du droit social sont-ils donc réduits à béatement admirer un droit supérieur, différemment qualifié d'ailleurs, selon l'esprit de chacun, de rationnel, d'intuitif, de subjectif, de naturel, d'idéal, autant d'expressions derrière lesquelles il n'y a aucun contenu ? Et si chacun de ces droits a ses ministres, comme pour assurer son culte, comparable alors à un dieu, l'ensemble des juristes, désapproubateurs de la théorie du droit social mais ses complices par indifférence, devrait avoir le courage de répéter en chœur le vers de Corneille :

« Nous en avons beaucoup pour être de vrais dieux » (67)

(67) Polyeucte, acte IV, scène finale.

Où donc rencontrer le droit qui serait le vrai dieu, l'unique, l'absolu, celui qui pour faire respecter sa loi a pour ministre « l'ange à l'épée de feu qui interdit l'entrée du Paradis terrestre et non celui qui chante aux pieds du Seigneur la beauté de la Justice (68) ». Une seule réponse est possible : où le trouver ? Mais dans les préceptes fondamentaux de la morale munis de la sanction divine. Pour ce qui est spécialement de la matière des obligations, il semble bien qu'une telle réponse soit vérifiée comme juste par tous les développements qui précèdent, au cours desquels on a pu constater que l'obligation était d'abord une union morale entre deux personnes, conséquence de la liberté de s'obliger garantie par la cause. Et si nous pouvons dire qu'il y a dans l'obligation ainsi comprise une application de la morale chrétienne dans les relations juridiques, il faut affirmer du même coup que la règle est constante, le principe invariable.



Le droit des obligations, c'est l'ensemble des contraintes théologiques et morales qui régissent la société des hommes afin d'assurer le juste fonctionnement de leurs rapports patrimoniaux et la réparation des préjudices pécuniairement appréciables. Cette définition répond à la fois au droit positif et à ce qu'il devrait être, c'est-à-dire l'image d'un droit parfait. Mais alors comment définir et caractériser ce droit parfait ? Si l'on se rappelle quel fut le processus historique : Religion, Morale, Droit, et si l'on se souvient des distinctions établies par un philosophe contemporain (69) entre religion dynamique et

(68) Ripert : Le régime démocratique... Ch. 1, n° 30, p. 54.

(69) Henri Bergson : Les deux sources de la morale et de la religion.

religion statique, morale ouverte et morale close, rien n'empêche d'opposer droit *ouvert* et droit *positif* ; mais il faut bien alors entendre ces deux termes, car il n'y a pas entre les droits ainsi qualifiés d'opposition franche et diamétrale, ainsi que le révèle la définition donnée. Au lieu de dire droit ouvert on pourrait aussi bien dire « Droit » tout court, du moment que l'on comprend qu'il aspire à régler toutes les relations patrimoniales. De son côté, positif n'est pas clos ; il faut donner à ce mot positif son sens mathématique, y voir quelque chose qui s'ajoute au néant. Le droit positif change, mais, considéré à un moment déterminé, il est déjà un tout. Dès lors on conçoit que ce tout soit l'image du droit ouvert ou du Droit, mais image résultant du passage à travers un prisme, le prisme de l'imperfection humaine, le prisme des moyens de réaliser, de forger ou de dire le droit. Le droit positif représente bien l'idée qu'une époque donnée a du droit ouvert en ce sens qu'il en est une tentative de réalisation, et, ce faisant, on ne dit guère plus, apparemment, qu'en disant que le droit en vigueur est l'expression du droit naturel ; mais on conserve cependant, ce qui est essentiel, au droit ouvert, (au droit naturel, dirions-nous volontiers si ce terme n'avait été l'objet de tant de discussions et de conceptions divergentes), son caractère transcendantal et immuable qui résulte de ce qu'il est un ensemble de préceptes moraux.

Le prisme au travers duquel passe le droit ouvert pour se cristalliser dans l'expression d'une règle positive n'est pas nécessairement un fidèle interprète : il peut être déformant. Et cette remarque justifie la possibilité de porter un jugement de valeur sur les transformations du droit civil, au lieu de se résigner à en proclamer la

bienfaisance, ce qui est une attitude plus raisonnable que l'hostilité si l'on n'y voit que le produit d'une évolution fatale.

La loi — puisqu'aujourd'hui c'est surtout elle qui fabrique le droit — ne révèle pas au monde, par petits paquets, les principes d'un droit supérieur, droit ouvert, dont elle aurait le monopole de la découverte et qui se trouveront tous consacrés au terme de l'évolution juridique. Ce droit est, dès que la société existe, il domine la vie sociale : c'est dire qu'il fut toujours, mais il faut le connaître. Il n'y a pas de prescience du pouvoir politique ni d'aucun des facteurs capables d'influencer la marche du droit, mais seulement de leur part des tentatives, des essais qui se traduisent par des balbutiements dont l'exactitude n'est pas la vertu. Comment douter de l'impuissance de l'homme et pourquoi s'étonner quand, placé seul sur le chemin du droit ouvert, il s'en écarte vite et prend une mauvaise route, si la plus auguste des règles de vie a dû lui être révélée et apprise ? L'ère nouvelle n'est pas une vision de l'avenir : pour connaître son âge, il suffit de regarder le millésime de l'année où l'on vit.

La loi n'est pas infaillible, et l'idée de progrès qui semble si bien confirmer la thèse du droit social, négation ou tout au moins subordination, et non pas seulement coordination des droits individuels, est une clef dont se servent tous ceux qui désirent quelque chose de nouveau, quelle que soit d'ailleurs l'étendue et la qualité de la réforme, parce qu'elle n'ouvre aucune porte. Le droit social ainsi compris; vision supérieure de l'avenir est à ranger dans la catégorie des faux dieux dont on a parlé tout à l'heure.

Il suffit d'interroger les faits pour obtenir la preuve

surabondante qu'aucun des moyens de réalisation du droit positif ne détient en lui-même le secret du droit ouvert, et qu'il ne suffit pas de leur emploi pour que le premier soit conforme au second. La loi ne pose-t-elle pas parfois un principe contraire à celui qu'elle appliquait la veille, brûlant désormais ce qu'elle adorait ? l'admission ou le refus du divorce en est la preuve, dans une question réellement insoluble en dehors de toute préoccupation religieuse. Le droit romain, avant l'avènement de l'ère chrétienne, avait atteint, certes, un remarquable degré de perfection ; mais sa théorie de l'obligation elle-même, si semblable pourtant à celle que nous connaissons aujourd'hui, contenait une définition de l'obligation assortie des termes « *secundum nostræ civitatis jura* », dont l'équivalent n'est pas aujourd'hui reproduit (70) et qui constituaient un singulier obstacle à l'extension de la théorie, laquelle restait purement quiritaire. Mais les pérégrins, les esclaves ? Il n'y avait pas trop — pas assez — des pouvoirs du prêteur pour, en fait et grâce à de subtils procédés, rendre inutile l'adjonction de ces termes. Dira-t-on que de nos jours, dans les articles des lois modernes, cette expression ou son équivalent est sous-entendue ? peut-être, mais alors elle a perdu une partie de son ancienne signification et elle se résume dans les notions prohibitives de l'ordre public et des bonnes mœurs. Et même sur ce dernier point, il n'est pas inutile de montrer l'insignifiance parfois de la morale officielle dont ces deux expressions sont le siège ; quand la prohibition légale n'est pas effective, elle est puérile. C'est le cas, on le sait, de celle qui déclare nulle la libéralité à l'enfant adultérin et qui est, pratiquement, non écrite.

(70) Cf. la définition de Bouteiller dans l'introduction.



Il existe donc au-dessus des textes du droit positif des normes supérieures dont la connaissance permettra de porter, sur les transformations de ce droit positif, un jugement de valeur. Les esprits avisés le font d'ailleurs, implicitement, quand ils soutiennent que la crise dont souffre notre temps est avant tout une crise morale (71). Le droit positif est, en effet, on l'a vu, l'image du droit ouvert produite par le prisme humain ; déceler dans ce prisme un vice de construction, c'est constater un manque d'honnêteté et de justice dans les mœurs.

Dans le droit des obligations, particulièrement, une telle idée s'applique. Et l'on peut considérer les conclusions auxquelles l'étude de l'Ancien droit nous a permis d'aboutir comme des règles du droit ouvert, directement imprégnées des préceptes moraux et immuables. On a eu l'occasion de dégager la moralité inhérente à la théorie de la cause, on a vu la grande influence des doctrines canoniques, le culte de la fidélité à la parole donnée (72), le souci de faire servir la force coercitive du droit au respect des causes justes qu'on rencontre déjà dans Beaumanoir et nos auteurs du Moyen Age, voulant éviter la soupçonneuse chose de malice et déclarant que le serment n'est pas à tenir s'il est l'appui de mauvaises causes. Enfin on se souvient d'Automne vantant les « mœurs franches et françoises ».



(71) La considération des mœurs qui vont « de mal en pis » revient souvent dans les anciens ouvrages.

(72) La parole donnée et la cause vont de pair. Si la seconde fait défaut ou n'est pas une raison sérieuse de promettre, l'engagement pris procède « plutôt d'ostentation que de volonté » dit fortement Papon (voir *supra*, ch. 3, sect. 2 et ch. 2, § 2).

Mais deux remarques encore s'imposent avant de conclure.

Contre l'avilissement de la monnaie, on pouvait faire intervenir le principe moral condamnant l'usure ; l'idée d'imprévision a servi au législateur. Elle n'est défendable, à notre sens, que dans la mesure où elle est conforme au principe moral ; c'est ainsi qu'il est des cas spéciaux, où, surtout en raison des exigences du commerce, il était impossible d'admettre la clause-or ; on pouvait facilement dans ces hypothèses dégager le vice d'usure qu'elle contenait, mais il est contestable qu'elle soit annulée dans tous les cas. Prenons, par exemple, un prêt fait avant guerre avec la clause. L'argent a servi (on a pu même le dire dans le contrat) à des acquisitions de terrains qui depuis ont pris une plus value considérable et sur la vente desquelles celui qui avait emprunté a réalisé des avantages importants. Indépendamment de ce fait certain qu'on peut considérer ces avantages comme la récompense pour l'emprunteur de sa prévoyance ou de son flair qui avait été bon en tentant la chance, il n'y aurait certainement aucune injustice à déclarer que, dans cette hypothèse qui est, remarquons-le, en dehors du commerce la clause or n'est point usuraire.

La deuxième remarque concerne un autre ordre d'idées ; elle serait plutôt une objection à la distinction de l'ouvert et du positif. Les droits des Etats, même occidentaux, diffèrent entre eux ; va-t-on pouvoir dire que l'un doit être développé, encouragé et admiré parce qu'il est dans la bonne voie, qu'il est en marche vers le droit ouvert, tandis que l'autre ne se préoccupe point du respect des idées morales ? On pourrait soutenir une telle opinion si les faits lui donnaient un commencement

de vérité. Mais il faut se garder d'un jugement si tranché ; car on doit distinguer entre les préceptes moraux eux-mêmes et le moyen de les faire observer. Pour prendre un exemple, notre droit dit qu'une cause, raison immédiate de l'adhésion à l'obligation, doit toujours exister mais qu'elle peut être le seul plaisir de faire du bien et qu'on la présume si elle n'est point exprimée. Il ne connaît donc pas, à la différence d'autres législations, l'acte abstrait ; mais ces dernières ne seront pas moins moralisantes que lui, car la cause est un élément de moralité, si elles font, par exemple, une large application de l'enrichissement injuste.

Cette dernière observation nous ramène naturellement au vif de notre sujet, c'est-à-dire au rôle de la volonté. Ayant vu maintenant ce qu'il faut penser de la transformation du droit civil, qu'il est permis de la juger, parce que nous savons qu'un principe transcendant existe, et de souhaiter que toujours son évolution tende à sa réalisation, il nous est désormais possible, au strict point de vue qui est l'objet de ce travail, de condenser dans une conclusion en trois articles ce qui est, croyons-nous, l'expression du droit ouvert et devrait être celle du droit positif, parce que présentant et devant conserver un caractère d'immutabilité.

CONCLUSION

Article premier.

L'obligation est un lien de droit qui contraint l'homme ou la personne morale à satisfaire de ce qu'ils sont tenus.

Article second.

Toute promesse sérieusement énoncée, toute convention accordée entre deux ou plusieurs personnes, obligent celui ou ceux qui les ont faites à les respecter, comme on doit se conformer à une disposition impérative de la loi, pourvu qu'elles ne soient point contraires aux bonnes mœurs.

Article troisième.

La liberté en vertu de laquelle, grâce à une indispensable manifestation de sa volonté intervenant en dernier ressort, le promettant ou le contractant accepte ou refuse le devoir juridique qui lui incombera, ne peut donner naissance à l'obligation civile que si les quatre conditions de validité requises sont observées :

1° une condition externe ou d'élaboration : la capacité ;

2° une condition interne ou de fait : l'objet ;

3° une condition créatrice ou d'essence : le consentement ;

4° une condition justificatrice ou de soutien : la cause.

Ces conditions sont, par rapport à la volonté, considérée en elle-même, pure et dépouillée : la capacité, la présomption de volonté saine ; l'objet, la mesure de l'étendue des effets de l'acte volontaire ; le consentement, la manifestation de cette volonté capable et effective ; enfin la cause, la raison immédiate de l'adhésion à l'obligation.

Vu :

Le Président de la Thèse,
Henri REGNAULT.

Vu :

Le Doyen,
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — ANCIEN DROIT

ALBERT (Jean). — Arrests de la Cour du Parlement de Toulouse, 1686.

Assises de Jérusalem, éd. Beugnot, Paris, 1843.

AUTOMNE (Bernard d'). — La conférence du droit français avec le droit romain. 2 tomes, 3^e éd., 1629.

AUZANET. — Œuvres, 1708.

BARDET (Pierre). — Recueil d'Arrêts du Parlement de Paris. 2 tomes, 1773.

BEAUMANOIR. — Les Coutumes de Beauvoisis, éd. Beugnot, Paris, 1842 et éd. Salmon, Paris, 1899.

BONIFACE (Hyacinthe). — Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence. 5 tomes, 1708.

BOUCHEL. — La Bibliothèque ou Trésor du droit français. 3 vol., Paris, 1667.

BOUGUIER (Jean). — Recueil d'Arrests, 1634.

BOUHIER. — Œuvres de Jurisprudence. Dijon, 1787.

BOURDOT DE RICHEBOURG. — Nouveau coutumier général en 4 vol.

BOUTARIC. — Les Institutions de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français. Toulouse, 1754.

BOUTEILLER (Jean). — Somme Rural (voir Charondas le Caron).

BOUVOT. — Nouveau recueil des Arrests de Bourgogne (jugements et arrêts de la Cour souveraine du Parlement de Dijon), 1623.

- BOUVOT. — Commentaire sur la coutume de Bourgogne, 1632.
- BRILLON (Pierre Jacques). — Dictionnaire des Arrêts ou Jurisprudence universelle des Parlemens de France. 6 tomes, 1727.
- BRODEAU (Julien). — Coustume de la prévôté et vicomté de Paris, 1669.
- CAMBOLAS (Jean de). — Décisions notables sur diverses questions de droit jugées par plusieurs Arrêts du Parlement de Toulouse. Toulouse, 1744.
- CATELLAN. — Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse, 1723.
- CHARONDAS LE CARON (Louis). — Œuvres en 2 tomes comprenant les Réponses du droit français, les Pandectes du droit français, les Commentaires sur la Coutume de Paris, etc..., 1637.
- CHARONDAS LE CARON. — Notes sur la Somme Rural de Bouteiller. Lyon, 1621.
- CHENU. — Cent notables et singulières questions de droit décidées par Arrêts mémorables des Cours souveraines de France. Paris, 1611.
- CHORIER (Nicolas). — La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape. 2^e éd., 1769.
- COQUILLE (Guy). — Questions et réponses sur les Coutumes de France, 1634.
- DANTOINE. — Les règles du droit civil. Lyon, 1742.
- DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel.
- DUFAIL (Noël). — Les plus solennels arrêts et réglemens donnés au Parlement de Bretagne. Nantes, 1715.
- DUMOULIN. — Opera omnia. 5 volumes.
- D'ESPEISSES (Antoine), avocat et jurisconsulte de Montpellier. Œuvres, nouvelle éd. par Maître Guy du Roussaud de la Combe. 3 tomes, 1750.
- EXPILLY (Claude). — Plaidoyez. 3^e éd., 1619.
- FERRIÈRE (Claude-Joseph de). — Dictionnaire de droit et de pratique, 1779.
- FERRIÈRE. — Commentaire sur la coutume de Paris.
- FLEURY (Claude). — Institution du droit françois, publiée par Laboulaye et Dareste, 1858.

- FONTAINES. — Le Conseil de Pierre de... éd. Marnier, 1846.
- FRANÇOIS (François). — Observations des coutumes de Tholose, 1615.
- GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile criminelle canonique et bénéficiale. 17 vol., Paris, 1784.
- Journal des Principales Audiences du Parlement avec les arrêts qui y ont été rendus, 7 vol. par Maître Jean du Fresne. Paris, 1757.
- JOVET. — La doctrine des Arrêts tirée de divers Auteurs, 1663.
- LANGE. — La nouvelle pratique civile criminelle et bénéficiale, 1755.
- LAUNAY (François de). — Commentaires sur les I. C. de Loysel, 1688.
- LAURIÈRE (Eusèbe de). — Voir Loysel.
- LAURIÈRE. — Voir Ragueau et de Laurière.
- LE PRESTRE. — Recueil d'Arrêts avec augmentation de M. G. Guéret, dernière édition, 1679.
- LE VEST (Barnabé). — Arrêts célèbres et mémorables du Parlement de Paris, 1612.
- LHOMMEAU. — Maximes générales du droit français, 1665.
- Li Livres de Jostice et Plet, éd. Rapetti, 1850.
- LOYSEAU. — Traité du déguerpissement, 1597.
- LOYSEL. — Institutes Coutumières avec les notes d'Eusèbe de Laurière, 1783.
- MAYNARD (Géraud de). — Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse. 2 tomes, Toulouse, 1751.
- PAPON (Jean). — Recueil d'Arrêts notables des cours souveraines de France. Paris 1607 (précédente édition, Lyon, 1559).
- PAPON (Jean). — Premier, deuxième et troisième Notaires. 3 vol., Lyon, 1576.
- PASQUIER. — Interprétation des Institutes de Justinien, éd. 1847.
- PITHOU. — Les coutumes du baillage de Troyes en Champagne, 1609.

- POTHIER. — Traité des Obligations dans Œuvres, éd. Bugnet.
- POULLAIN DU PARC. — Coustumes générales du Pais et duché de Bretagne. 3 tomes, Rennes, 1745.
- PRÉVOT DE LA JANNÈS. — Les Principes de la Jurisprudence françoise, nouvelle éd. 1780.
- RAGUEAU et de LAURIÈRE. — Glossaire du droit français, 1882.
- SOEFVE (Lucien). — Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes jugées par Arrêts d'audiences du Parlement de Paris depuis 1640. Paris, 1682.
- TRONÇON (Jean). — Le droit françois et coustume de la prévôté et vicomté de Paris. 4^e éd., Paris, 1664.

II. — RAPPEL SOMMAIRE DE QUELQUES OUVRAGES
ET ARTICLES D'AUTEURS MODERNES

- ALEXANDRESCO. — Du billet non causé. Thèse Paris, 1912.
- BOYER. — Recherches historiques sur la résolution des contrats. Thèse Toulouse, 1924.
- BRISSAUD. — Manuel d'histoire du droit privé, 1908.
- CAPITANT. — De la cause des Obligations.
- CASSIN. — De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. Thèse Paris, 1914.
- CHEVRIER (Georges). — Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyen Age. Ancien droit français. Thèse Paris, 1929.
- ESMEIN (Adhémar). — Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français. N.R.H.D., 1880, 1881, 1882.
- GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté. Thèse Dijon, 1912.
- HAMEL. — La notion de cause dans les libéralités. Thèse Paris, 1920.
- LE BRAS. — Historique de la cause en droit canonique dans l'ouvrage de Capitant, p. 125-131.
- LE FUR. — Le But du droit. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1937.

- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté, dans « l'Œuvre juridique de R. Saleilles ».
- MEYNIAL. — Compte rendu de l'ouvrage de Saleilles : De la déclaration de volonté. Revue trimestrielle, 1902, t. 1.
- NIBOYET. — La théorie de l'autonomie de la volonté. Recueil des cours professés à l'Académie de droit international, 1927, tome 1.
- RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles. 3^e éd., 1935.
- RIPERT. — Le régime démocratique et le droit civil moderne, 1936.
- ROUSSIER. — Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise. Thèse Paris, 1933.
- SALEILLES. — De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144).
- SPIES. — De l'observation des simples conventions en droit canonique. Thèse Nancy, 1928.
- TISON. — Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français. Thèse Paris, 1931.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — LE DOMAINE DE LA VOLONTÉ ET LA LUTTE DU CONSENTEMENT CONTRE LA FORME	1
PLAN	12
CHAPITRE PREMIER. — LE COURANT ANTI-FORMALISTE AU MOYEN-ÂGE. — PIERRE DE FONTAINE, LI LIVRES DE JUSTICE ET PLET, BEAUMANOIR	15
§ 1. Les trois sources possibles d'inspiration : romaine, canonique et coutumière.....	17
§ 2. La pratique coutumière	22
§ 3. Les précurseurs	28
CHAPITRE II. — LA CONDAMNATION DU FORMALISME EN DOCTRINE	35
§ 1. Dumoulin	37
§ 2. Les successeurs de Dumoulin	42
§ 3. Un juriste philosophe : Guyot	52
CHAPITRE III. — DE L'EFFICACITÉ DE L'ENGAGEMENT SANS FORME. — SA CONDITION PRIMORDIALE : LA CAUSE	67
Section I. — <i>La validité des actes par le seul consentement</i>	69
§ 1. La manifestation du consentement.....	69
§ 2. Les gageures	75

	Pages
Section II. — <i>Le développement de la notion de cause</i>	78
§ 1. La cause n'est-elle qu'un déplacement de valeur ?	79
§ 2. Défaut de cause exprimée	84
§ 3. La cause-but d'après la jurisprudence de l'Ancien Droit	88
Section III. — <i>La théorie de la Cause</i>	97
§ 1. Domat	98
§ 2. Prévot de la Jannès	101
CHAPITRE IV. — DES LIMITES A LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS	107
§ 1. Limite apportée par la notion de cause... ..	109
§ 2. Limite résultant de l'exigence d'un écrit.. ..	110
§ 3. Limite de nature morale	112
CHAPITRE V. — DROIT MODERNE	117
§ 1. Autonomie de la volonté ou liberté de s'obliger ?	119
§ 2. La conception objective de l'obligation... ..	128
§ 3. Le consentement défini comme un état d'âme	135
§ 4. Le contenu du contrat, élément légal d'ordre public	143
§ 5. Qu'est-ce que la transformation du droit des obligations ?	150
CONCLUSION	161
BIBLIOGRAPHIE	163

LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais, 96

Palais-Royal PARIS (1^{er})
